Die prozeßrechtliche Bedeutung von Aussagen der nicht prozeßfähigen Partei.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Otto Müller
Gerichtsreferendar aus Bremerhaven

Marburg 1933

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 18. November 1933.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Affolter: Über die Vernehmung der Parteien als Zeugen, Bern 1879.
Arnold: Der Parteien-Eid im Zivilprozeß, in ArchZivPrax. Band 47, Seite 177 f.
v. Bar: Recht und Beweis im Zivilprozeß, Leipzig 1867.
Bähr: Die Grenzen der freien Beweistheorie, in (Ihering's) Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 25, S. 394 ff.
Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Berlin 1926.
Bennecke-Beling: Lehrbuch d. deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1900.
Bergemann: Der Eid der Parteien im geltenden deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht, Greifswald. jur. Dissertation 1921/22.
Biermann, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 34 ,Seite 519.
Binding: Die Wahrheitspflicht im Prozeß, in Deutsch. Jur. Ztg. 1909, Seite 161 ff.
Birkmeyer, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 7, Seite 155 ff. und 375 ff.
Bohn: Der Parteieid und seine Mängel, Kieler jur. Dissertation 1914.
Bülow: Das Geständnisrecht (Ein Beitrag zu der allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen). Berlin 1899.
" Dispositives Zivilprozeßrecht, in ArchZivPrax., Band 64, S. 1 ff.
Bunsen: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1900.
" Die Parteien im Zivilprozesse, in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Band 26, Seite 215 ff.
v. Canstein: Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses und deren Durchführung in den neuesten Zivilprozeßgesetzentwürfen Deutschlands und Österreichs, Wien 1877.
v. Canstein: Die eidliche Parteienvernehmung und der Schiedseid, Wien 1886.
Demelius: Die Confessio im römischen Civilprozeß und das gerichtliche Geständnis der neuesten Proceß-Gesetzgebung, Graz 1880.
Dreifuß: Das Wesen des Parteieides im geltenden deutschen Zivilprozeß, Freiburger jur. Dissertation 1922/23.
Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Band I: Das rechtswirksame Verhalten 1903.
Endemann: Beweislehre des deutschen Zivilprozeßrechts, Heidelberg 1860.
Engelmann: (Senatspräsident) in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Band 41, Seite 431.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Nipperdey und Lehmann, Marburg 1931.
Ferber: Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien im Zivilprozeß, Würzburger jur. Dissertation 1926/27.
Fischer: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts und Konkursrechts, Berlin 1918.
Fitting: Der Reichszivilprozeß, 10. Auflage 1900.
" Zur Auslegung der Reichszivilprozeßordnung, in ArchZivPrax. Band 61 (Neue Folge 11), Seite 409 ff.

Foerster-Kann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Berlin, 17. Aufl. 1926.
Francke: Die Nebenparteien der deutschen ZPO, 1882.
Friedrich: Über die Prozeßfähigkeit und die Folgen ihres Mangels, Darmstadt, Gießener jur. Dissertation 1928.
Friedrichs, Karl: Allgemeiner Teil des öffentlichen Rechts, 1927.
Fuchs: in Gruchots Beiträgen, Band 38, Seite 241 ff und 548 ff.
" ebenda in Band 29, Seite 590 ff und 753 ff.
Fuld: in Gruchots Beiträgen, Band 29, Seite 328 ff.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß, Mannheim 1927.
v. Gierke: Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1880.
Glaser: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozesse, 1883.
Goldschmidt: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Berlin, 2. Auflage 1933.
" Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.
Graf Dohma: Das Strafprozeßrecht, 2. Auflage 1925.
Haber: in Leipziger Zeitschr. 1914, Seite 705 ff.
Hahn: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1880.
Hegler: Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen und Leipzig 1903.
Heinze: in Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Band 24, Seite 265 ff.
Heinsheimer: zu Jur. Wochenschr. 1926, Seite 812 Anm. 8.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1885.
" Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1900.
Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912.
" Lehrbuch d. deutschen Zivilprozeßrechts, Zweiter Band, Leipzig 1907.
Herzfelder: in Staudinger's Kommentar zum BGB, Band V, Nr. I F zu §§ 2197 ff. und Nr. IV A d zu §§ 1975 ff.
Heusler: Die Grundlagen des Beweisrecht, in ArchZivPrax., Band 62 Neue Folge 12), Seite 209 ff.
Hölder: in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 28, Seite 389.
Jaeger, Ernst: in Leipziger Zeitschrift 1910, Seite 153.
" in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Band 40, Seite 138.
Kern, Eduard: Zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, in Freiburger Festschrift für Otto Lenel 1921, Seite 52 ff.
Kipp: Rechtswahrnehmung und Reurecht, in Festgabe für R. Koch, Berlin 1903, Seite 109 ff.
Kisch: Deutsches Zivilprozeßrecht, München 1922.
" in Göttingische gelehrte Anzeigen 1901, Nr. 3.
Klein, Franz: Schuldhafte Parteihandlung, Wien 1885.
Klein, P.: in Arch f. bürgerliches Recht, Band 33, Seite 246 ff.
" in Arch f. bürgerliches Recht, Band 34, Seite 323 ff.
" in Arch f. bürgerliches Recht, Band 36, Seite 304 ff.
" in Österr. Zentralblatt für die jur. Praxis, Band 29, S. 208 ff.
Kleiner, Otto: Kommentar z. Zivilprozeßordnung, Bd. I Würzburg 1878.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Auflage, Berlin-Vahlen 1925.
" Beiträge zur Reform des Zivilprozesses, in Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Albert Haenel, Kiel und Leipzig 1907.
" Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides in Deutschland, Berlin 1891.
Koffka: Die Ermittlung der Wahrheit im Zivilprozeß, in Jur. Wochenschr. 1919, Zugabe zu Nr. 15, Seite 5, 14 ff.
Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
" Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, Mannheim 1894.
" in Krit. Vierteljahrsschr., Neue Folge, Band 3, Seite 473 ff.
Kormann: Das System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Verwaltungsrechtliche und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts, 1910.

v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts 1892.
Kroll: Klage und Einrede, Berlin 1884.
Labes: in Krit. Vierteljahrsschr., Band 46, Seite 559.
Landsberg: in Juristischer Monatsschrift f. Posen, West- und Ostpreußen und Pommern I, 2.
Lent: Zeugenvernehmung einer nicht parteieidesfähigen Prozeßpartei, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 52, Seite 21 ff.
Levin: Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei, Berlin 1913.
Linckelmann: in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Band 9, Seite 215.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin 1907.
Manigk: Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen mit Beiträgen zur Methodik der Rechts- und Tatfrage, in Festgabe der jur. Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Okt. 1929) Band 6, Seite 94 ff.
" Art. Rechtshandlungen im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. 4, S. 664 ff.
" Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum, in Iherings Jahrb., Bd. 83, S. 1 ff.
" Art. Unwirksamkeit im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. 6, S. 292 ff.
Maier, Heinr.: Die Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1880.
Meyendorf: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 23, S. 32.
Meyer, Erich: Die Leistung des Parteieides der deutschen ZPO in persönlicher und sachlicher Beziehung, Göttinger jur. Dissertation 1928 Hannover-L. 1928.
Müller, Herbert: Der Parteieid im Zivilprozeß, eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Darstellung, Kölner jur. Dissertation 1926/27, Aachen 1927.
Nagler: Der Parteibegriff im Zivil- u. Strafverfahren, in Rechtsgang I, Seite 56 ff., 1913.
Neubauer: in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 19, Seite 136 ff.
Neukamp: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Göttingen 1900.
Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, in Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band 17 (1908), Heft 1.
Oertmann: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 4. und 5. Auflage, Leipzig 1930.
Osterrieth: Der Nebenkläger als Zeuge, Göttinger jur. Dissertation. 1897.
Ott: Richterliches Fragerecht und eidliche Parteivernehmung, Wien 1894.
Petersen, Rémélé und Anger: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 5. Auflage, 1904.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1896.
Planck: in Krit. Vierteljahrsschr. Band 4, Seite 254.
" Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 2 Bände. 1879.
Pollak: Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses, 1893.
Ranis, Max: Die Stellung Prozeßunfähiger im Zivilprozeß, Gießener jur. Dissertation 1922.
Reincke-Wienstein: Die Zivilprozeßordnung, 4. Auflage, Berlin 1900.
Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, Leipzig und Heidelberg 1843.
Rintelen: Systematische Darstellung des gesamten neuen Prozeßrechts, 1881.
Rosenberg, L.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Berlin 1929.
" Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
" zum Entwurf einer ZPO, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 57, Seite 187 ff.

Rosenfeld: Der Reichsstrafprozeß, 4. und 5. Auflage 1912.
Rosenthal: Die Sachlegitimation, Würzburger jur. Dissertation 1903/4, München 1904.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 1919.
Schiller: Die Person des Schwurpflichtigen, Hallenser jur. Diss. 1906.
Schmidt, R.: Lehrbuch d. Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1906 mit Nachtrag von 1910.
Schmidt, R.: in Sächs. Archiv, Band 2, Seite 274 ff.
Schneider: Treu und Glauben im Zivilprozeß 1903.
Schneider: Über richterliche Ermittelung und Feststellung des Sachverhalts, 1888.
Schultze, Alfred: in Zeitschrift f. Zivilprozeß, 1903.
Sebba: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 37, Seite 63.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Auflage 1910.
Seuffert: Über richterliches Ermessen, Gießen 1880.
Sintenis: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 30, Seite 384 ff.
Skedl: Das österreichische Zivilprozeßrecht, Band I, Leipzig 1900.
Skonietzki-Gelpcke: Die Zivilprozeßordnung, Berlin 1911.
Springer: Reform des Zivilprozesses, Berlin 1911.
Stegemann: Die Parteien im Prozeß, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 17, Seite 326.
Stein: Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893.
Stein: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 41, Seite 417 ff.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 14. Auflage 1928.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und Konkursrechts, Berlin 1928.
Struckmann-Koch: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 9. Auflage 1910.
Sydow-Busch-Krantz: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl. 1930.
Thiele: Wer ist Partei? Wer ist Dritter? in ArchZivPrax. Band 82, Seite 30 ff.
Thon: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 27, Seite 366 ff.
Trutter: Über prozessuale Rechtsgeschäfte, München 1890.
" Bona Fides im Zivilprozesse, München 1892.
Ude: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 6, Seite 419 ff.
Vierhaus: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 5, Seite 94 ff.
" in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 19, Seite 185 ff.
Voigt, Erich: Die Bedeutung von Erklärungen der Partei im Anwaltsprozesse, Greifswalder jur. Diss. 1928.
Volkmar: in Jur. Wochenschrift 1933, Seite 2427 ff.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 1, Leipzig 1885.
" Das Geständnis, ein Beitrag zur Lehre von den prozessualischen Rechtsgeschäften, in ArchZivPrax., Band 64 (1881, Seite 202 ff.
" Grundfragen des Zivilprozesses, Berlin 1914.
" Vorträge über die Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, Bonn 1896.
Walsmann: Der Irrtum im Prozeßrecht, in Arch. f. ziv. Praxis, Band 102 (1907), Seite 1 ff.
Walsmann: Die streitgenössische Nebenintervention, 1905.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band I, Stuttgart 1905.
Wendt: Beweis und Beweismittel, in ArchZivPrax., Band 63, S. 254 ff.
Wernz: in Hauser's Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht, Band III, Seite 362.
Wesselsky: Die formelle Wahrheit. Eine zivilprozessuale Studie mit besonderer Berücksichtigung der Parteivernehmung. Wien 1900.
Wetzell: System des ordentlichen Prozesses, 1878.
v. Wilmowski-Levy: Die Zivilprozeßordnung, 7. Auflage 1895.

Wittmaack: Das gerichtliche Geständnis, in Arch. f. ziv. Prax., Band 88 (Neue Folge Band 38), Seite 1 ff.
Wurzer: in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 48, Seite 463 ff.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung, Leipzig 1879.

Entscheidungssammlungen.

Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Amtliche Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte.
in Gruchot's Beiträgen,
in der Deutschen Juristenzeitung,
in der Juristischen Wochenschrift,
in der Leipziger Zeitschrift,
in Seuffert's Archiv,
in Warneyer's Rechtsprechung,
in der Zeitschrift für Zivilprozeß.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Ehrengerichtshofes der Anwälte.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium 1931.

Inhaltsübersicht.

Einleitung: Seite

§ 1. Die prozeßunfähige Partei 10

I. Begriff der prozeßunfähigen Partei für den Zivilprozeß 10

II. Aufzählung der prozeßfähigen Parteien im Zivilprozesse 11

III. Prozeßfähigkeit und Parteieigenschaft im Strafprozeß 16

Hauptteil: Die prozeßrechtliche Bedeutung von Aussagen der nicht prozeßfähigen Partei.

Erster Teil:

Die Aussagen des nicht Prozeßfähigen im Zivilprozeß.

Erster Abschnitt:

§ 2. Das Problem 18

Zweiter Abschnitt: Kann die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei als Zeuge vernommen werden?

§ 3. Die Ansichten R. Schmidt's, Jägers, Lent's . . . 22

§ 4. Die Gegenansichten (insb. Hellwig, Rechtsprechung des Reichsgerichts) 24

§ 5. Stellungnahme zur Frage 26

Dritter Abschnitt: Ist das Wissen der zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei im Wege über § 141 Abs. I ZPO verwertbar?

§ 6. Der von Hellwig u. L. Levin vorgeschlagene Weg . 30

§ 7. Die dagegen erhobenen Bedenken (Unverwertbarkeit, Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung, Stellung des § 141 ZPO) 31

§ 8. Prüfung der Ansichten mit ihren Grundlagen.

I. Die Verwertbarkeit eines tatsächlichen Parteivorbringens als Urteilsgrundlage 32

II. Die Fähigkeit der prozeßunfähigen Partei zu einer tatsächlichen Bekundung 36

Seite

A. Die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung 36
B. Die Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung 44
C. Rechtsgeschäftliche Parteirolle und § 141 ZPO (Verhandlungsmaxime — Untersuchungsmaxime) 59

III. Ergebnis 64

Zweiter Teil:

§ 9. Die Aussage des prozeßunfähigen Prozeßsubjekts prozeßunf. Privatkläger) im Strafprozeß 64

Dritter Teil:

§ 10. Die rechtliche Wirksamkeit der Prozeßfähigkeit erfordernden Erklärungen der prozeßunfähigen Partei.

I. Arten des Vorbringens 65
II. Rechtliche Wirksamkeit für die Bekundung als solche 66
III. Einwirkung auf die darauf aufgebauten Ge-Gerichtsakte 67

Anhang:

§ 11. Die hier behandelte Frage

I. gemäß dem vor der ZPO geltenden Recht . . 70
II. außerdeutsches Recht 70
III. im zukünftigen Reichsrecht (Zivilprozeß-Novelle v. 27. Okt. 1933 (RGBl. I S. 821) . . 71

Einleitung.

§ 1.: Die prozeßunfähige Partei.

I. Zur Einführung in die Untersuchung, die die prozeßrechtliche Stellung der prozeßunfähigen Partei angeht, soll zunächst einiges über Parteieigenschaft und über Prozeßfähigkeit vorangestellt werden. Es muß von vornherein klar sein, wann jemand überhaupt als Partei, und wann er als prozeßunfähige Partei anzusehen ist.

Der Parteibegriff der ZPO ist wie folgt zu fassen: Partei im Prozeß ist derjenige, von dem oder gegen den im eigenen Namen die staatliche Rechtsschutzhandlung (insbes. Urteil und Zwangsvollstreckung) begehrt wird[1]), d. i. der, der als Partei klagt (bzw. für den als Partei von einem gesetzlichen Vertreter geklagt wird) oder der als Partei verklagt ist. Nicht Partei ist also hiernach insbesondere der am Prozeß nicht beteiligte Träger des streitigen materiellen Rechtsverhältnisses[2]), auch nicht der Streitgehilfe. Bestritten ist in diesem Zusammenhang die Stellung eines gesetzlichen Vertreters einer Partei. Nach richtiger Ansicht wird er als Partei im engeren Sinne nicht anzusehen sein, ihm ist nur die gleiche rechtliche Stellung wie einer solchen zuzubilligen (arg. e § 57 ZPO[3]).

Fähig, Partei zu sein, ist jeder Rechtsfähige (§ 50 Abs. I ZPO[4]) und jeder, dem die ZPO und andere Gesetze sonst

---

1) So Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 100; Der Parteibegriff ist sehr bestritten. Es gibt verschiedene Definitionen: Parteien seien die Subjekte des im Prozesse befangenen Rechtsverhältnisses; sie seien diejenigen, die den Anspruch geltend machen und gegen die er geltend gemacht werde; sie seien die Subjekte, für deren Rechnung und Gefahr der Prozeß geführt, in deren Namen und gegen die der Rechtsschutz begehrt werde; sie seien die an dem Erfolg des Prozesses selbständig interessierten Personen usw. usw. In der neueren Theorie ist die oben angenommene Definition durchaus vorherrschend. Des Näheren kann im Rahmen dieser Arbeit auf den Streit nicht eingegangen werden. Es sei auf die Spezialliteratur bei Johannes Nagler, Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren (in Rechtsgang I, Seite 56) verwiesen. — Die im § 51 Abs. 1 des amtl. Entwurfs von 1931 vorgesehene Begriffsbestimmung: „Partei ist, wer einen Rechtsstreit selbst führt," ist in die Zivilprozeßnovelle vom 27. Oktober 1933 (RGBl I S. 825) nicht aufgenommen worden.

2) Anders vorzüglich noch die ältere Literatur, z. B. Kroll, Klage und Einrede Seite 93, wegen anderer Auffassung des Parteibegriffs.

3) So insbesondere schon Wach, Handbuch des ZPR, 1883, Bd. I, S. 518, entgegen der damals noch herrschenden Auffassung (vergleiche Anm. 1).

Parteifähigkeit verleihen (z. B. § 50 Abs. II ZPO, §§ 124 Abs. I, 161 Abs. II HGB, § 10 Arb.Ger.Ges.).

Wann die Partei prozeßunfähig ist, spricht das Gesetz ausdrücklich nicht aus, es definiert nur im § 51 ZPO die Prozeßfähigkeit selbst als „die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen“, d. i. genauer die Fähigkeit, alle Prozeßhandlungen selbst oder durch einen Bevollmächtigten wirksam vorzunehmen und entgegenzunehmen[5]). Diese Fähigkeit besitzt nach § 52 ZPO jeder insoweit, als er sich durch Verträge verpflichten kann[6]). Prozeßunfähig ist also der, der nicht die Fähigkeit hat, Prozeßhandlungen selbst oder durch einen Prozeßbevollmächtigten wirksam vorzunehmen und entgegenzunehmen; das ist grundsätzlich nur der, der sich nicht durch Verträge verpflichten kann (arg. e § 52 ZPO).

II. Damit ist der Begriff der prozeßunfähigen Partei gewonnen. Als solche ist zu nennen: Der Geschäftsunfähige (§ 104 BGB), also Kinder unter sieben Jahren, dauernd Geistesgestörte und wegen Geisteskrankheit Entmündigte, ebenso nach durchaus überwiegender Meinung[7]) der beschränkt Geschäftsfähige (§§ 106, 114 BGB), also Minderjährige, wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte und unter vorläufige Vormundschaft Gestellte, soweit nicht die §§ 112—114 BGB, §§ 7, 8 Seemanns O eingreifen. — Daß auch der nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähige zu den Prozeßunfähigen zu rechnen ist, ergibt sich daraus, daß das Prozeßrecht nur prozeßfähige und nicht prozeßfähige Personen einander gegenüberstellt und eine unvollkommene Prozeßfähigkeit nirgends regelt, also eine der materiell-rechtlichen beschränkten Geschäftsfähigkeit (beschränkt in qualitativer Hinsicht) entsprechende beschränkte Prozeßfähigkeit[8])

---

4) Die Parteifähigkeit entspricht damit grundsätzlich der Rechtsfähigkeit des bürgerlichen Rechts. Sie ist aber keineswegs mit dieser identisch, vielmehr ein prozeßrechtlicher Begriff.

5) So Rosenberg, Lehrbuch des ZPR., Seite 114. — Wenn man übrigens definieren würde: „Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit, selbständig prozessuale Handlungen mit Wirksamkeit vorzunehmen“, so wäre das nicht genau. Denn soweit Anwaltszwang besteht, kann die Partei nicht selbst handeln, ist aber darum nicht prozeßunfähig; ihr mangelt nur die sog. Postulationsfähigkeit. Die Möglichkeit des Handelns durch einen Prozeßbevollmächtigten ist deshalb in die obige Definition aufzunehmen. (Vergleiche dazu auch Weismann: Lehrbuch des ZPR, S. 77).

6) Auch die Prozeßfähigkeit ist jedoch trotz dieser Verweisung auf das bürgerliche Recht allein ein Begriff des Prozeßrechts und entspricht nur der Geschäftsfähigkeit oder besser der Vertragsverpflichtungsfähigkeit, die sich mit der Geschäftsfhigkeit nicht völlig deckt. Dazu vgl. des Näheren Stein: Komm. zur ZPO, zu § 51, I, Rosenberg: Lehrbuch des ZPR, Seite 114, Levin in JurW. 1926, Seite 2412, anders noch die ältere Ansicht, z. B. Fuchs in Gruchot's Beitr. Band 29, Seite 591, die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit gleichsetzt.

7) So die gesamte Literatur außer Bolgiano (Handbuch des ZPR, Seite 115) und Brinckmann (Klagen des Reichsrechts I, § 11).

8) Die ZPO kennt nur eine gegensätzlich beschränkte Prozeßfähigkeit (s. u.).

nicht kennen kann. Der § 52 ZPO kann deshalb nur dahin aufgefaßt werden, daß er die selbständige[9]) und unbeschränkte[10]) Vertragsverpflichtungsfähigkeit einer Person voraussetzt. Da die beschränkt Geschäftsfähigen diese — außer in den Ausnahmefällen der sog. gegenständlich (quantitativ) beschränkten Geschäftsfähigkeit — nicht besitzen, sind sie als prozeßunfähig anzusehen[11]). Die für den Einzelfall erteilte Ermächtigung genügt nicht, um ihre Prozeßfähigkeit zu begründen, da der Betreffende dadurch nicht etwa in Bezug auf den einzelnen Vertrag verpflichtungsfähig wird. — Wo allerdings beschränkt geschäftsfähige Personen in einzelnen Beziehungen unbeschränkt geschäftsfähig sind, wie das in den schon oben angedeuteten Fällen §§ 112—114 BGB, §§ 7, 8 SeemannsO der Fall ist, so sind sie vermöge des „insoweit als" des § 52 ZPO auch prozeßfähig. Denn hier handelt es sich nicht um eine qualitative[12]) Einengung der allgemeinen vollen Geschäftsfähigkeit, sondern um eine Begrenzung in quantitativer Hinsicht, nämlich in Hinsicht auf ganz bestimmte Prozesse, sodaß für die genannten Prozesse nach §§ 112—114 BGB, §§ 7, 8 SeemannsO die sonst prozeßunfähige Partei — da hier nach materiellem Recht uneingeschränkt vetragsverpflichtungsfähig[13]) — auch prozeßfähig ist[14]).

Ausnahmen von der Regel, daß Prozeßfähigkeit und Vertragsverpflichtungsfähigkeit sich decken, bestehen nach richtiger Ansicht nur in einer Richtung: Trotz vorhandener Unfähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, sind nämlich prozeßfähig:

1. ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte in Ehe- und Ehelichkeitsanfechtungssachen (§§ 612 I, 641 II,1 ZPO).

---

9) vergleiche auch Motive zur ZPO, zu § 52.

10) Anders noch der gemeinrechtliche Prozeß, vergleiche W e t z e l l, System, § 12, Seite 79 und 80.

11) So im Anschluß an F i t t i n g (Zivilprozeßrecht § 24 und in ArchZiv.-Prax. Band 61, Seit e409 ff.) heute die allgemeine Meinung, z. B. Seuffert, Komm. zur ZPO. zu § 50, Anm. 2; Petersen, Komm. zur ZPO, zu § 51, Nr. 2; Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, zu § 50, Anm. 1; Eccius in Gruchot's Beitr. Band 23, Seite 738, Wach, Handbuch des ZPR, Bd. I, Seite 534 ff.; Fuchs in Gruchot's Beitr. Band 29, S. 595 ff und Seite 776 ff., außer den schon oben erwähnten Bolgiano und Brinckmann (a.a.O., siehe Seite 13, Anm. 3), die die diesbezüglichen Vorschriften des römischen Rechts nicht als durch die ZPO aufgehoben ansehen. — Für die h. M. spricht jedoch der § 473 ZPO.

12) auch hier allerdings im einzelnen Streitpunkte, näheres vergleiche bei A. Fuchs in Gruchots Beitr. Band 29, Seite 593 ff., Linckelmann, Seite 215 ff.

13) es handle sich denn um solche Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§ 112 BGB).

14) so jedenfalls die herrschende Meinung in Anlehnung an den Entwurf; anderer Ansicht Hellwig, (Lehrbuch Band II, Seite 333, System Band I, Seite 179), der den § 53 ZPO analog anwenden will. — Näheres bei Friedrich a.a.O. Seite 12, auch bei A. Fuchs in Gruchots Beitr. Band 29, Seite 599 ff.

2. ein entmündigter Volljähriger für die Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses in den Fällen der §§ 664 II, 668, 675, 684 I, 685 ZPO.

Keine Ausnahme von der Regel des § 52 Abs. I ZPO ist jedoch — wie oben schon angedeutet — die Prozeßfähigkeit des beschränkt Geschäftsfähigen für die Fälle der §§ 112—114 BGB, 7, 8 SeemannsO, da in diesen Fällen qualitativ unbeschränkte Vertragsverpflichtungsfähigkeit gegeben ist (vergleiche oben Seite 12).

Prozeßunfähigkeit trotz vorhandener Vertragsverpflichtungsfähigkeit gibt es dagegen nicht, auch nicht hinsichtlich der nach den §§ 1910, 1911, 1913, 1960 BGB unter Pflegschaft stehenden Personen für die vom Pfleger geführten Prozesse (§ 53 ZPO). Diese Personen sind grundsätzlich prozeßfähig, sie stehen nur für gewisse Prozesse den Prozeßunfähigen gleich[15]). Nach außen gilt deshalb allerdings für sie das gleiche wie für die Prozeßunfähigen, auch wirken sich für sie die hier zu behandelnden Probleme in gleicher Weise aus. — Neben diesen nach BGB durch einen Pfleger vertretenen Parteien gehören hierher weiter auch der Ehemann in den für ihn von seiner Frau gemäß § 1450 BGB geführten Prozessen. Endlich sind auch Fälle wie der von der Vertretung ausgeschlossene OHG- und Kommanditgesellschafter hier zu nennen, diese allerdings nur dann, wenn man — wie m. E. richtig — die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft als lediglich formellparteifähigen Personenverband ansieht, bei dem materiell die Gesellschafter (gleich ob in ihrer Summe oder zur Gesamthandsgemeinschaft zusammengeschlossen) Partei sind. Faßt man die OHG und die Komm.-Ges. zwar als materiell-parteifähig[16]) auf, so sind die Gesellschafter Dritte und garnicht Partei, Partei ist dann vielmehr die Gesellschaft als solche.

Soweit sie sich verpflichten *kann*, ist eine Person prozeß-

---

15) Es gibt also, trotzdem man nach dem Wortlaut des § 51 ZPO das Gegenteil annehmen könnte, eine gesetzliche Vertretung prozeßfähiger Personen (vergleiche dazu des näheren Rosenberg, Stellvertretung Seite 543 ff, Hellwig, Lehrb. des ZPR, Band II, Seite 369, System Band I, Seite 189, Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, zu § 55, I). — Einige (Literatur vergleiche z. B. bei Weismann, Lehrb. des ZPR, Seite 79) wollen zwar diese Personen als für den konkreten Rechtsstreit de facto prozeßunfähig ansehen, weil die Prozeßfähigkeit keine natürliche, sondern eine juristische Eigenschaft sei und deshalb nicht fingiert zu werden brauche, vielmehr nach Ermessen der ZPO verliehen werden könne. M. E. ist jedoch durch den § 53 ZPO diesen Personen die Prozeßfähigkeit keineswegs genommen, dieser spricht ausdrücklich nur Gleichstellung aus. Es mag zugegeben werden, daß es richtiger gewesen wäre, die Prozeßunfähigkeit der betreffenden Personen auszusprechen, die ZPO hat dies jedoch nicht getan. Von ihr abzuweichen ist de lege lata nicht möglich (richtig außer den schon oben Genannten insbesondere Wach, Handbuch des ZPR, Band I, § 51, I, 2).

16) es handelt sich hier um die in dieser Arbeit nicht zu erörternde Frage nach der Rechtsnatur der OHG und Komm.-Ges.

fähig; nicht bloß soweit sie es darf. Deshalb ist nach richtiger Ansicht nicht etwa die Ehefrau in Prozessen über eingebrachtes Gut prozeßunfähig; ihr fehlt vielmehr nur die Befugnis zur Prozeßführung, d. i. die Sachlegitimation. Denn die Ehe ist nach geltendem Recht ohne jeden Einfluß auf die Dispositionsfähigkeit, sie hat nur einen solchen hinsichtlich der Dispositionsbefugnis der Ehefrau über das eingebrachte Gut[17]). Die Ehefrau bleibt also auch in Ansehung des eingebrachten Guts prozeßfähig[18]). Unter dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkt hat man die umstrittene Stellung des Gemeinschuldners, des Erben bei Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs oder bei Beschränkung durch einen Testamentsvollstrecker, des Rechtsnachfolgers im Falle des § 265 ZPO usw. in ihrer Eigenschaft als solche zu würdigen. Alle diese verlieren nicht die Prozeßfähigkeit, sondern nur die Aktiv- bzw. die Passivlegitimation. Sie können sich zwar durch Verträge über das ihrer Verfügung entzogene Vermögen verpflichten, dürfen es nur nicht. Sie sind also, trotzdem sie Träger des materiellen Rechtsverhältnisses sind, garnicht zur Sache legitimiert und damit nicht Partei. Partei ist vielmehr der nutznießungsberechtigte Ehemann, der Konkursverwalter, der Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker, Rechtsvorgänger usw.[19]) selbst[20]).

17) sehr deutlich dargelegt bei Fuchs in Gruchots Beiträgen Bd. 29, S. 610.

18) es hätte deshalb auch der § 52 Abs. II ZPO bei Inkrafttreten des BGB gestrichen werden können. Er ist nur wegen der Übergangsbestimmung in Art. 200 III EGBGB aufrechterhalten, im übrigen aber wegen seiner Selbstverständlichkeit überflüssig (vergleiche Motive zur Novelle, auch Reincke Komm. zur ZPO zu § 52).

19) Auch der Zwangsverwalter nach § 857 IV ZPO, §§ 94, 146 ZVG und der §§ 1052, 2128 BGB, der Sequester nach §§ 848, 938 II ZPO, der Güterpfleger nach §§ 332—334 StPO gehören hierher.

20) Dies ist allerdings stark bestritten; wie hier auch RGZ Band 29 Seite 34, Band 8 Seite 413, Henrici in Sächs. Arch. Band 2, Seite 345 ff., Oetker in Just. Min. Bl. f. d. preuß. Gesetzgeb. und Rechtspflege, Band 2, Seite 101/2, Stegemann in ZZP Band XVII, Seite 332—350, Bunsen in ZZP Band 26, Seite 197—270, Kiehl in ZZP Band 30, Seite 310—321, 350—353, Schott, Armenrecht 1900, Seite 60—68, Fischer, Preuß. Privatrecht 1887, Seite 704 ff., Gaupp-Stein-Jonas Komm. zur ZPO, Vorbem 1c vor § 50, Struckmann-Koch, Komm. zur ZPO, zu § 50, Bunsen, Lehrb. d. ZPR, Seite 110.
Ein Teil der Literatur hält die Masse für die Partei. Auch nach diesen wird der Eigentümer nicht prozeßunfähig, sondern verliert nur für Prozesse, die das Vermögen oder den einzelnen Vermögensgegenstand betreffen, die Aktiv- bzw. die Passivlegitimation. So z. B. Hellwig, Anspruch und Klagrecht 1900 Seite 235—251, und Lehrbuch Band I, Seite 295—313. Eccius in Gruchots Beitr. Band 33, Seite 734—736 und ebenda in Band 34, Seite 147/48, Levy in Gruchots Beitr. Band 37, Seite 176, Skonietzki-Gelpcke, Komm. zur ZPO, zu § 52.
Ein anderer Teil sieht den Eigentümer für den Kreis der vom Verfügungsberechtigten verwalteten Vermögensangelegenheiten als prozeßunfähig und durch den Verfügungsberechtigten gesetzlich vertreten an. So RGZ Band 34 Seite 415, RG in JurW 84 Seite 269. Ehmann, der Parteibegriff der ZPO, 1898, Seite 33—45, Petersen in Sächs. Arch.

Alle diese obengenannten Personen fallen damit nicht unter den Begriff der prozeßunfähigen Partei, sie sind vielmehr Dritte. Denn für ihre prozessuale Tätigkeit entscheidet — wie schon zu Anfang des Paragraphen hervorgehoben wurde — nicht ihre privatrechtliche, sondern ihre prozeßrechtliche Stellung. Prozessualisch handeln kann der zivilistisch Berechtigte oder Verpflichtete ja nur dann, wenn er als *Partei* klagt oder verklagt ist[21]). Partei ist demnach allein der prozeßführungsberechtigte Vertreter.

Ob die juristische Person zu den prozeßunfähigen Parteien zu rechnen ist, ist stark bestritten. Die Entscheidung darüber hängt in Anbetracht des § 52 ZPO — prozeßfähig ist eine Person insoweit als sie sich durch Verträge verpflichten kann — davon ab, ob man die juristische Person nach bürgerlichem Recht als selbst durch Organe handelnd oder als handlungsunfähig ansieht, d. h. ob man der Organtheorie oder der Vertretertheorie beitritt. Trotzdem der Mangel der natürlichen Willensfähigkeit als Voraussetzung der Geschäfts- und Deliktsfähigkeit für die Vertretertheorie zu sprechen scheint, soll hier doch die Organtheorie als richtig zugrundegelegt werden (arg. e § 26 Abs. II BGB); die Handelnden haben nur die *Stellung* von gesetzlichen Vertretern, da sie nicht die juristische Person selbst sind, aber auf der anderen Seite auch nicht deren Vertreter sind, vielmehr nur die Willenserklärungen der j. P. der Außenwelt psychisch vermitteln. — Des näheren kann auf diese Fragen hier nicht eingegangen werden[22]), umsomehr nicht, als die eine oder andere Art der Stellungnahme zu dieser Streitfrage für die in dieser Arbeit zu behandelnden Probleme sich in keiner Weise auswirkt. Es sei deshalb nur festgestellt, daß die juristische Person nicht zu den prozeßunfähigen Parteien zu rechnen ist.

Band 1, Seite 29 ff und in ZZP Band 18, Seite 20—29 und in Gruchots Beitr. Band 40, Seite 583 ff., von Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, Vorbem. vor § 50.

Ein übriger Teil endlich führt die Legitimation des Verfügungsberechtigten auf den Gesichtspunkt einer in der Mitte zwischen Sachlegitimation und gesetzlicher Vertretung stehenden die Prozeßfähigkeit des Eigentümers unberührt lassenden Prozeßlegitimation zurück. Die Anhänger dieser Ansicht unterscheiden zwischen gesetzlicher Vertretung im engerem Sinne d. i. gesetzliche Vertretung einer prozeßunfähigen Partei und vom *Gesetze berufenen* Vertretern prozeßfähiger Parteien. Zu den letzteren rechnen sie die obenerwähnten Personen (Konkursverw. Testamentsvollstr. usw.). So A. Fuchs in Gruchots Beitr. Band 38, S. 242—268, Seite 548—553, Seite 558—567, 569, 570, derselbe ebenda in Band 29, Seite 607—611, Rosenthal, Sachlegitimation 1903, Seite 15—27 32—35.

21) vergleiche Schmidt, Lehrb. d. ZPR, Seite 476, der allerdings hinsichtlich des Konkursschuldners diese Ansicht nicht konsequent durchführt.

22) Organ- und Vertretertheorie hängen weiter mit der Fiktionstheorie, der Genossenschaftstheorie, der Theorie vom Zweckvermögen, der Destinationstheorie und den zugehörigen Nebentheorien in ihrer Beurteilung zusammen. Ein Eingehen auf alle diese Theorien ist an dieser Stelle jedoch nicht möglich.

III. Der Strafprozeß ist nach herrschender Auffassung[23]) nicht ein Parteienprozeß, sondern ein Verfahren, welches pflichtgemäß gegen einen der Strafgewalt des Staates Unterworfenen durch staatliche, einander koordinierte Strafverfolgungsorgane (Gericht und Staatsanwaltschaft, ausnahmsweise Gericht und Privatkläger) durchgeführt wird und das der Beschuldigte gegen sich ergehen lassen muß[24]). In einem solchen Verfahren gibt es naturgemäß „Parteien" im engeren und strengeren Sinne des Wortes nicht. Bezeichnet man jedoch die am Strafprozeß beteiligten Prozeßsubjekte als Parteien, so handelt es sich bei der Frage nach der prozeßunfähigen „Partei" im Strafprozeß lediglich um einen Streit um Worte[25]).

Im Strafprozeß sind beteiligte Prozeßsubjekte für den Regelfall auf der einen Seite der Staat und auf der anderen der Angeklagte[26]). Beide sind in einem ordnungsgemäßen Strafprozeß nicht als prozeßunfähig denkbar. Der Staat handelt durch Organe (s. o.: Organtheorie); selbst wenn das Organ einmal — etwa wegen Geisteskrankheit — für sich prozeßunfähig sein würde, so würde dadurch doch die Prozeßfähigkeit des hinter ihm stehenden Staates völlig unberührt bleiben. Denn das Organ tritt ja hier nicht in seiner Eigenschaft als natürliche Person, für sich vielmehr überhaupt nicht auf, es bringt nur den (fingierten) Willen der juristischen Person zum Ausdruck.

Hinsichtlich des Angeklagten ist folgendes zu sagen: Für das Strafprozeßrecht muß der Satz gelten: Prozeßfähig ist, wer deliktsfähig ist, d. h. gegen den ein staatlicher Strafanspruch entstanden sein kann. Dieser Satz ist zwar in der StPO nicht ausdrücklich enthalten[27]), ergibt sich aber unzweifelhaft aus dem Wesen des Strafprozeßrechts. Denn wer nicht deliktsfähig ist und gegen den damit kein staatlicher Strafanspruch[28]) besteht, gegen den wird sinn-

23) Auch im Strafprozeß hat man des öfteren in der Wissenschaft bald den Staat und den Beschuldigten, bald die Staatsanwaltschaft, den Privatkläger und den Angeklagten als „Parteien" bezeichnet, indem man entweder den formellen Parteibegriff (Parteien sind der Strafverfolgungsberechtigte und der Strafverfolgte) oder den materiellen Parteibegriff (Partei ist, wer den Anspruch hat, gegen den der Anspruch besteht) zum Ausgangspunkt wählte; so v. Kries: Lehrb. d. StPR, S. 186 ff., Bennecke-Beling: Lehrb. d. StPR, Seite 110 ff, 245 ff., Rosenfeld: Der RStP, Seite 100 ff.

24) So Gerland, Der deutsche StP, Seite 40, vgl. auch Graf Dohna, Das StPR, Seite 3 ff.

25) vgl. Gerland: Der deutsche StP, Seite 40, Anm. 4.

26) Gerland, a.a.O. Seite 39, nennt Gericht, Kläger, Beschuldigten. Gericht und Staatsanwaltschaft handeln aber nur für den Staat, dieser ist somit eigentliches Prozeßsubjekt.

27) Über den Mangel allgemeiner Vorschriften in der StPO vgl. Kern, zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, in Festschrift für Lenel 1921, Seite 52 ff.

28) besser: Strafpflicht; vgl. Gerland, a.a.O., Seite 40.

gemäß auch kein Verfahren zur Durchsetzung eines solchen Strafanspruchs stattfinden, er wird garnicht erst zum Prozeßsubjekt. Bei irrtümlich gegen ihn erhobener öffentlicher Klage ist die Einstellung des Verfahrens auszusprechen[29]). Die Rechtslage ist also im Strafprozeß eine völlig andere als im Zivilprozeß, in dem sehr wohl auch eine prozeßunfähige Person zum Prozeßsubjekt werden kann.

Ein prozeßunfähiges Prozeßsubjekt im Strafprozeßrecht ist nur für den Sonderfall der Privatklage als Privatkläger denkbar[30]). Für diesen gelten dann gemäß § 374 Abs. IV StPO die Vorschriften über die gesetzliche Vertretung analog zum Zivilprozeßrecht. Prozeßunfähiger Privatkläger können sein — wie prozeßunfähige Partei im Zivilprozeß — die oben zu II aufgezählten vertragsverpflichtungsunfähigen Personen. Es ergibt sich das aus dem ebenerwähnten § 374 Abs. IV StPO. — Auf die prozeßrechtliche Bedeutung der Aussage einer solchen Person wird unten im § 9 der Arbeit eingegangen werden.

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß eine prozeßfähige Person nicht durch Verzicht auf die Prozeßfähigkeit zu einer prozeßunfähigen Partei werden kann. Ein Verzicht auf die Prozeßfähigkeit ist wie ein solcher auf die Geschäftsfähigkeit nicht wirksam[31]).

---

29) vergleiche RGSt Band 57, Seite 306.
30) nicht für den Fall der Nebenklage, denn der Nebenkläger ist nicht Hauptpartei. Er kann nach h. M. Zeuge sein Vgl. Osterrieth: Der Nebenkläger als Zeuge, Göttinger jur. Dissertation 1897.
31) vergleiche RGZ Band 4 Seite 162, Struckmann-Koch, Komm. zur ZPO, zu § 52, Anm. 1 am Ende, SeuffArch. Band 37, Seite 5, Kroll, Klage und Einrede, Seite 94, Anm. 11.

Hauptteil.

Die prozeßrechtliche Bedeutung von Aussagen der nicht prozeßfähigen Partei.

Erster Teil:

Die Aussage des nicht Prozeßfähigen im Zivilprozeß.

Erster Abschnitt:

§ 2: Das Problem.

Das wissenschaftliche Problem, das im folgenden hinsichtlich der prozeßunfähigen Partei erörtert werden soll, ist dieses: Welche Bedeutung kommt der Aussage einer solchen Partei in deren Prozesse zu? Kann sie ihr Wissen auf prozessual zulässige und wirksame Weise so dem Richter mitteilen, daß ihre Aussage von diesem bei der Urteilsbildung zu berücksichtigen ist oder nicht, gegebenenfalls wie (als Zeuge oder in ihrer Eigenschaft als Partei)?

Zunächst ist darzulegen, inwiefern die oben gestellte Frage überhaupt ein erörterungswertes wissenschaftliches Problem in sich birgt:

Das Wissen einer Person kann für die Urteilsbildung des Gerichts nur dann maßgebend und verwertbar sein, wenn es auf einem der vom Gesetz vorgezeichneten Wege dem Gericht zugänglich gemacht wird. Die Zivilprozeßordnung kennt mehrere solche Wege (Wissensbekundung als Partei, als Zeuge und als Sachverständiger[1]), auch als sachverständiger Zeuge[2]). Die Bekundung muß aber immer so erfolgen, daß sie entweder gemäß § 286 ZPO der freien oder gemäß §§ 463, 464 ZPO der gebundenen Beweiswürdigung durch das Gericht unterliegt. Anderes Wissen irgendwelcher Personen – sei es ihm außergerichtlich oder auch im

---

1) Der Sachverständige gibt ein Gutachten nach den Regeln seiner fachmännischen Kenntnis ab, er sagt nicht über Wahrnehmungen von Geschehnissen aus. Da nur die letzteren Bekundungen das hier zu erörternde Problem angehen, mag er im folgenden unerwähnt bleiben.

2) Für den sog. sachverständigen Zeugen des § 414 ZPO gilt hinsichtlich der hier zu behandelnden Probleme das gleiche wie für jeden anderen Zeugen. Er mag deshalb künftig unter diesem mitverstanden werden.

Prozesse (etwa Zwischenrufe Unbeteiligter bei der mündlichen Verhandlung) zugetragen — darf der Prozeßrichter bei der Urteilsbildung grundsätzlich nicht verwerten[3]).

Das deutsche Recht hat die wichtigsten Arten der Wissensbekundung als Zeuge und als Partei in grundsätzlich von anderen Rechtsordnungen abweichender Weise ausgestaltet[4]). Während nämlich die Aussage als Zeuge grundsätzlich unter dem Zeugeneide abzulegen ist — Ausnahmen sind die unbeeidigt zu vernehmenden Zeugen (§ 393 ZPO) — und immer der freien Beweiswürdigung des § 286 ZPO unterliegt, erfolgt die Bekundung des streitigen und für das Urteil erheblichen Parteiwissens grundsätzlich unter dem durch bedingtes Endurteil aufzuerlegenden Parteieide, zu dessen Ableistung die prozeßfähige Partei sowie der gesetzliche Vertreter einer prozeßunfähigen Partei[5]) vor allem berufen sind. Neben dem Parteieid kommt die uneidliche Parteiaussage im deutschen Zivilprozeßrecht grundsätzlich nur ausnahmsweise da in Betracht, wo der Untersuchungsgrundsatz gilt, so insbesondere im Ehe- und im Familienstandsprozeß (§§ 619, 640, 641 ZPO) in eingeschränkter Weise und für unverzichtbare Sachurteilsvoraussetzungen[6]). Im übrigen ist als Form der Parteiwissensbekundung im obenerwähnten Sinne der Parteieid vorgesehen. Diesen zu leisten ist nicht jede Partei fähig, und zwar insbesondere nicht die hier in Rede stehende prozeßunfähige Partei[7]), außer wenn sie gemäß den Bestimmungen

---

3) vergleiche insbesondere Stein, Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893, Seite 86 ff.

4) vgl. Gaupp-Stein-Haas, Vorbem. zu § 445 ZPO. Siehe auch Seite 26 und Seite 70 dieser Arbeit.

5) dieser aber nur insoweit, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides zulassen müßte.

6) vergleiche dazu besonders J. Goldschmidt: Lehrbuch des ZPR, § 49, I (Seite 147, 148).
Nach Goldschmidt unterscheidet sich die Parteiaussage von der Prozeßbehauptung dadurch, daß die Behauptung die Mitteilung eigenen Wissens, die Aussage die Mitteilung eigener Wahrnehmungen ist. Die Mitteilung des Sagenhörens soll danach nur eine Parteiaussage, nie aber eine Parteibehauptung sein (Seite 148 oben). Diese Art der Unterscheidung ist m. E. nicht gerechtfertigt. Es wird zwar für die den Klagantrag oder Klagabweisungsantrag stützenden Behauptungen zu fordern sein, daß sie den Anspruch oder die Einrede begründenden Tatsachen positiv und nicht nur in der Form des Sagenhörens enthalten. Unter Umständen können aber doch auch Mitteilungen nur des Sagenhörens als Parteivorbringen, über das Beweiserhebung stattzufinden hat, und damit wohl als Prozeßbehauptungen anzusehen sein, so beim Indizienbeweis.

7) ebenso sind nicht parteieidesfähig die der prozeßunfähigen Partei gleichgestellten Personen (vergleiche § 1 dieser Abhandlung) und weiter nicht die gegenständlich beschränkt prozeßfähigen Parteien für die Prozesse, auf die sich ihre Prozeßfähigkeit nicht erstreckt; so die überwiegende Meinung, z. B. Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, zu § 473 Abs. I, Hagemann in DJZ 1910, Seite 534 ff, anderer Ansicht

der §§ 473 Abs. II, III, 477 ZPO zum Eide zugelassen wird (arg. e § 473 Abs. I ZPO). Ihren tieferen Grund hat diese Parteieidesunfähigkeit der prozeßunfähigen Partei einmal für den Regelfall schon in ihrer Eidesunmündigkeit schlechthin, dann aber auch in der Rechtsnatur der Erklärung unter Parteieid als einer Bekundung, die zugleich Wissensmitteilung und Dispositivakt ist[8]) und deshalb grundsätzlich — §§ 473 II, III, 477 ZPO stellen Ausnahmebestimmungen dar — nur von zur Verfügung über den Streitgegenstand fähigen und damit prozeßfähigen Personen vorgenommen werden kann.

Hinsichtlich der zum Parteieid nicht zugelassenen Partei, die in dieser sonst für die Partei im Gegensatz zum Zeugen typischen Form des Parteieides ihr Wissen nicht von sich geben kann, ist nun eine besondere gesetzliche Bestimmung, die etwa eine der unbeeidigten Zeugenaussage des § 393 ZPO analoge Verwertungsmöglichkeit ihres Wissens gäbe, nicht getroffen; es fehlt auch darüber hinaus an jeder sonstigen systematisch hierhergehörenden ausdrück-

---

Caspers in DJZ 1910, Seite 964, der den § 473 Abs. II ZPO dagegen anführt.
Körperliche Erkrankung dagegen bewirkt keine objektive Unfähigkeit zur Eideslast, sondern lediglich eine tatsächliche physische Unmöglichkeit, der Eideslast Genüge zu leisten (vergleiche auch Meyer, a.a.O., Seite 47). Über die Eidesfähigkeit gewisser Ausländer, insbes. der Chinesen, vgl. RGSt, Band 26, Seite 97. Die Entscheidung, die die Eidesfähigkeit der Chinesen generell verneint (Grund: mangelnde Vorstellung über das Wesen und die Bedeutung des Eides), ist jedoch nach Ansicht des Verfassers mit Baumbach (ZPO, 7. Auflage Seite 686) und Opet (in DJZ 1933, Seite 1553) abzulehnen.

8) Auf den Streit über die Rechtsnatur des Parteieides näher einzugehen, würde zu weit führen. Nur folgendes sei bemerkt: Man unterscheidet systematisch fünf Formen des Parteieides, nämlich
1. den zugeschobenen und den zurückgechsobenen Eid (§ 475 ZPO),
2. den richterlichen Eid (§ 475 ZPO),
3. den Vorlegungs- oder Editionseid (§ 426 ZPO),
4. den Schätzungseid (§ 287 ZPO),
5. den Offenbarungseid der §§ 807, 883, 899 ff, 889 ZPO.

Von diesen ist die Rechtsnatur des zugeschobenen und zurückgeschobenen Eides am bestrittensten. — Daß der Parteieid einen Dispositivakt darstellt, wird von den Meisten vertreten. So z. B. Goldschmidt, Lehrbuch des ZPR, Seite 148: „Der Parteieid ist keine Vorstellungsmitteilung, sondern eine die Parteibehauptung bekräftigende Mitteilung des Willens, jenseitige oder diesseitige Nachteile zu dulden, wenn die beteuerte Behauptung unwahr sei (bedingte Selbstverfluchung).“ Es ist jedoch zuzugeben, daß der Parteieid zugleich Wahrheitserforschungsmittel ist. Denn — wie Kleinfeller (in Vhdlgn. des 22. deutschen Juristentages, Band I, Seite 75 ff.) sehr richtig sagt — die Wahrheit der eidlichen Erklärung ist für die Wirksamkeit des Eides erheblich. Auch der Umstand, daß der Eid auf Tatsachen beschränkt ist, ist dafür ein Anzeichen (Kleinfeller, ebenda, Seite 76). — Insbesondere der erstere Grund spricht auch gegen die Ansicht Wachs, der zugeschobene und zurückgeschobene Eid sei ein Feststellungsgeschäft zwischen den Parteien (Wach, Vorträge Seite 218); siehe auch § 8 dieser Abhandlung.

lichen Vorschrift darüber, wie denn nun eine solche Partei ihr Wissen in einer für das Gericht zu Beweiszwecken verwertbaren Form kundgeben könnte. Man kann nicht etwa ohne Bedenken die Vernehmung der Partei als Zeugen als vom Gesetz vorgeschrieben ansehen. Die Zeugnisfähigkeit ist zwar im Gesetz ausdrücklich nicht abgegrenzt, aber trotzdem kann nicht jede Person als Zeuge vernommen werden. Denn aus der Systematik des deutschen Zivilprozeßrechts, das — wie oben schon erwähnt — eine typische Aussage als Partei und eine typische Aussage als Zeuge kennt, ist sinngemäß zu folgern, daß eine Partei in eigener Sache nicht Zeuge sein kann. Dieser Satz ist als Grundsatz nahezu allgemein anerkannt und unbestritten[9]).

Allerdings wollte von Canstein in seinem Gutachten für den deutschen Juristentag von 1892 den Schiedseid neben einer freiwillig angebotenen Vernehmung in zeugnisähnlicher Form zulassen und zu diesem Zwecke die Bestimmungen der ZPO geändert wissen. Bei der gegenwärtig vorliegenden Fassung des Gesetzes ist jedoch Zeugenaussage und Parteiaus.sage nebeneinander in einer Person nach einmütiger Ansicht in der Wissenschaft mit der Systematik der ZPO grundsätzlich unvereinbar. Eine Notwendigkeit dafür, daß eine Person im gleichen Prozesse zweimal und in zwei verschiedenen Formen ihr Wissen kundgibt, ist nicht einzusehen; eine solche Regelung würde dem Richter nur unfruchtbare Arbeit und den Parteien unnötige Kosten eintragen.

Hinsichtlich der Aussagemöglichkeit und damit der Verwertung des Wissens einer prozeßunfähigen Partei zu Beweiszwecken ist demnach — soweit die Partei nicht nach §§ 473 II, III, 477 I ZPO durch Beschluß zum Eide zugelassen ist — eine Lücke im Gesetz anzunehmen. In der Beantwortung der Frage, ob und wie diese Lücke im Gesetz auszufüllen ist, ist das hier zu erörternde Hauptproblem zu sehen, soweit es das Zivilprozeßrecht betrifft. — Einige weitere, mit dieser Frage im Zusammenhang stehende Probleme werden sich unten noch ergeben.

9) auch von den meisten derjenigen, die — wie unten darzutun sein wird — die zum Parteieid nicht zugelassene Partei als Zeugen vernommen sehen wollen, wird das zugegeben; so z. B. Rosenberg, Lehrbuch d. ZPR, § 121, II, 1 (Seite 384), Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, Vorbem. I, 1 vor § 373; nur von Lent (in ZZP Band 52, Seite 14 ff) und Jäger (in Leipz. Ztschr. 1910, S. 154 wird auch dieser Grundsatz bestritten und zwar offensichtlich in der Absicht, dadurch das hier entstehende Problem von vornherein nach einer Richtung zu drängen und in dieser zu lösen, ohne andere Gesichtspunkte aufkommen zu lassen.

Zweiter Abschnitt:
Kann die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei als Zeuge vernommen werden?

§ 3.: Die Ansichten R. Schmidt's, Jaeger's, Lent's.

Die Ansichten in der Wissenschaft darüber, wie die Lücke im Gesetz hinsichtlich der Wissensverwertung der prozeßunfähigen Partei auszufüllen ist und ob diese überhaupt mit Beweiswert aussagen kann, sind geteilt. Einige wollen die prozeßunfähige Partei — soweit sie nicht nach den §§ 473 Abs. II, III, 477 Abs. I ZPO den Parteieid leisten kann — trotz des oben bereits erwähnten Grundsatzes, daß eine Partei nicht Zeuge sein kann, als Zeugen[10]) vernehmen; andere halten deren Wissen wegen Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung über dessen Bekundung für völlig unverwertbar; wieder andere endlich nehmen Verwertbarkeit mit Hilfe des zwar systematisch zur Erfüllung anderer Zwecke gedachten § 141 Abs. I ZPO an. Um eine Entscheidung darüber treffen zu können, welche dieser Ansichten als die dem Gesetz entsprechendere anzusehen ist, sind im folgenden die Ansichten zu entwickeln und die Gründe, die für und gegen jede Ansicht sprechen, einander gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen.

Zunächst soll zu diesem Zwecke die Ansicht dargelegt werden, die die Vernehmbarkeit der prozeßunfähigen Partei als Zeugen annimmt[11]). Sie wird von namhaften Schriftstellern, insbesondere von R. Schmidt[12]), Rosenberg[13]), Goldschmidt[14]), Gaupp-Stein-Jonas[15]), Stein-Juncker[16]), Förster-Kann[17]), Jäger[18]), Seuffert[19]), Struckmann-Koch[20]), Lent[21]), Engelmann[22]), Biermann[23]), Rosenthal[24]), auch Herzfelder[25]), vertreten.

10) Daß ein solcher Zeuge „prozeßunfähig" wäre, wäre jedenfalls belanglos, weil die Zeugenaussage als reine Wahrnehmungsaussage und nie als prozeßrechtliche Willenserklärung aufzufassen ist. — Der Mangel der Prozeßfähigkeit würde nur erheblich sein, wo der Zeuge in einer Frage, in der sein Wille tätig wird (etwa Gebührenforderung oder Verzicht) mit dem Gericht in Berührung gelangt (vergleiche dazu Ranis, a.a.O., Seite 17).

11) daß die Vernehmung einer Partei als Zeuge vom Gesetz nicht beabsichtigt war, ist schon oben dargetan. Hier soll darüber gehandelt werden, ob sie mit dem Gesetz vereinbar und damit geeignet erscheint, die Lücke im Gesetz zu schließen.

12) R. Schmidt, Lehrbuch des ZPR, § 86, III, a, 2, (S. 499 f).

13) Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, § 121, II, 1 (Seite 384).

14) Goldschmidt, Lehrbuch des ZPR, § 47, 1, a (Seite 286).

15) Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, vor § 373, I, 1 seit der 10. Aufl.

16) Stein-Juncker, Grundriß des ZPR 1921, Seite 171.

17) Foerster-Kann, Komm. zur ZPO, zu § 373, I, 2.

18) Jäger, Komm. zur KO, zu § 6, Anm. 6, 27, 32, in Leipz. Zeitschr. 1910, Seite 153, in ZZP Band 40 Seite 138.

19) Seuffert, Komm. zur ZPO, vor § 373 ,Anm. 2.

20) Struckmann-Koch, Komm. zur ZPO, Note 1 zu § 373.

Diese gehen Alle von der Erwägung aus, daß das Wissen einer solchen zur Aussage unter dem Parteieid nicht zuzulassenden Partei nur dadurch zu verwerten möglich sei, daß man sie zum Zeugnis zulasse. Ließe man sie zur Zeugenaussage nicht zu, so würde — besonders R. Schmidt führt das aus[26]) — dies den einzigen Fall im gesamten Zivilprozeßrecht darstellen, in dem die Wissensbekundung einer Person im Prozesse grundsätzlich nicht zulässig und darum ihr Wissen für den Richter bei der Beweiswürdigung nicht verwertbar sei. Da nun die ZPO stillschweigend von der Anschauung ausgehen, daß die Tatsachenkenntnis keiner Person für die Zwecke des Zivilprozesses verloren gehen solle (arg. e § 393 Ziff. 4 ZPO, nach welcher Bestimmung am Ausgang des Rechtsstreits unmittelbar Beteiligte als Zeugen vernommen werden können), so müßten schon besondere Gründe diese Unverwertbarkeit rechtfertigen. Ein ernstlicher Grund für eine solche Ausnahme sei aber nicht einzusehen. Er könne insbesondere nicht etwa in der materiellen Interessiertheit am Streitgegenstande gefunden werden, denn gerade dieser Grund werde vom Gesetz selbst für massenhafte Fäll nicht als Grund einer Unverwertbarkeit des Wissens einer Person, sondern allenfalls als ein Grund, die betreffende Person nicht zu beeidigen, anerkannt. Einige, wie z. B. Rosenberg[27]) und Stein[28]), führen, obwohl sie den grundsätzlichen Gegensatz zwischen Parteieigenschaft und Zeugeneigenschaft zugeben, weiter an, daß die Zeugnisfähigkeit im Gesetz nicht abgegrenzt und nur die Zulassung zum Parteieid geregelt sei. Deshalb könne man, damit beides sich ergänze, die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei wohl als Zeugen vernehmen, weil eine Gesetzesvorschrift dem nicht entgegenstehe.

Als besonderes Argument für diese Ansicht führen Lent[29]) und Jäger[30]) noch die Behandlung des gesetzlichen Vertreters hinsichtlich der Zeugnisfähigkeit an: Dieser (der gesetzl. Vertreter) könne den Parteieid leisten; Zeuge könne er dagegen nicht sein. Nun sei er aber gar nicht Partei, sondern Dritter, sein Ausschluß von der Zeugenschaft könne also lediglich darauf beruhen, daß er den Parteieid zu leisten berufen sei, nicht aber auf einer Eigenschaft als Partei, die ihm ja gerade fehle. Dasselbe gelte von dem Dritten, der aus-

---

21) Lent, in ZZP Band 52, Seite 14 ff.
22) Engelmann in ZZP Band 41, Seite 431, in der Zivilprozeß 1901 S. 282.
23) Biermann (Franz), in ZZP Band 34, Seite 519.
24) Rosenthal, Sachlegitimation, Seite 42.
25) Herzfelder in Staudingers Komm. zum BGB, V, Nr. 4 zu I F zu §§ 2197 ff., und zu § 1975 N IV, A, d.
26) Stein, Lehrbuch des ZPR, Seite 499 ff.
27) Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 384.
28) Stein, Komm. zur ZPO, Vorbem. I, 1 vor § 373.
29) Lent in ZZP Band 52, Seite 15 ff.
30) Jäger in Leipz. Ztschr. Band 4 (1910), Seite 154.

nahmsweise nach § 450 ZPO zum Parteieide zugelassen werde, hinsichtlich der Tatsache, die Gegenstand seines Parteieides sei. Auch er sei hinsichtlich dieser Tatsache zeugnisunfähig[31]). Damit sei der Gegensatz streng so zu formulieren: Parteieid und Zeugenvernehmung über ein und dieselbe Tatsache schließen sich aus. Zwar gibt Lent zu, daß es fraglich sein könne, ob dieser Satz auch umgekehrt dahin gelte: Wer in einem Prozeß den Parteieid nicht auferlegt bekommen kann, kann in ihm als Zeuge vernommen werden. Lent und Jäger glauben diese Umkehrung jedoch mit dem gleichen schon oben angeführten Argument der übrigen diese Ansicht vertretenden Schriftsteller begründen zu können, nämlich daß die Zeugnisfähigkeit die Parteieidesfähigkeit notwendig ergänzen müsse, damit kein toter Winkel im Beweissystem[32]) entstehe.

Die übrigen oben aufgeführten Vertreter dieser Ansicht haben neue Argumente nicht anzuführen, sodaß es sich erübrigt, auf sie an dieser Stelle besonders einzugehen.

§ 4.: **Die Gegenansichten (insbes. Hellwig, Rechtssprechung des Reichsgerichts).**

Entgegen der hier soeben entwickelten Ansicht ist sich der größere Teil der Rechtsgelehrten, obwohl auch ihre Meinungen im einzelnen voneinander abweichen[33]), zunächst darüber einig, daß eine Partei nur als Partei, dagegen nie als Zeuge vernommen werden und aussagen könne. Man schließt sich damit an die gemeinrechtliche Lehre, als deren hervorragendste Vertreter hinsichtlich des Zivilprozeßrechts Wetzell und Renaud anzusehen sind, an[34]), [35]).

Insbesondere in der Praxis der obersten Gerichte wird die Zeugnisfähigkeit jeder Partei vorwiegend verneint, wie die einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts[36]) und schon des früheren Reichsoberhandelsgerichts[37]) als seines Vorgängers wie die Entscheidungen der Oberlandesgerichte[38]) zeigen. Aber auch zahl-

31) Ähnlich auch Seuffert, Komm. zur ZPO, Vorbem. 2 vor § 373.
32) so Jäger in Leipz. Ztschr. 1910, Seite 154.
33) vergl. unten in diesem § und vor allem im § 5 der Arbeit.
34) Wetzell, Lehrb. d. gemeinen ZPR, § 23.
35) Renaud, Lehrb. d. gemeinen ZPR, § 110.
36) Am klarsten gerade hinsichtlich der parteieidesunfähigen Partei RGZ Band 2-400, Band 12-189, Band 17-366, Band 32-399, in Gruchot Band 29, Seite 1080, in Gruchot Band 39, Seite 1123-24, in JurW. 1910, Seite 25, in Leipz. Ztschr. 1910, Seite 150, im übrigen RGZ Band 8-412 Band 13-416, Band 20-392—95, Band 29-344, Band 29-370, Band 45-427, Band 46-319, in JurW. 1892, Seite 180, in JurW. 1891, Seite 129, in Seuff. Arch. Band 46, Seite 466 in Leipz. Ztschr. Band 4, Seite 150 abweichend allerdings RGZ Band 49-426.
37) ROHG Band 15-6 und Band 21-343.
38) OLG Hamm in ZZP Band 13 Seite 387, OLG Celle in Seuff Arch. Band 48 Seite 214.

reiche Rechtslehrer lehnen die Zeugnisfähigkeit jeder Partei ab, so unter Hervorhebung gerade der prozeßunfähigen und zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei insbesondere Hellwig[39]), Struckmann-Koch[40]), Skonietzki-Gelpcke[41]), Neukamp[42]) Thiele[43]), Landsberg[44]), im übrigen — ohne besonderen Hinweis auf die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei — auch Planck[45]), Hellmann[46]), Petersen[47]), Kleinfeller[48]), Fitting[49]), Bunsen[50]), von Wilmowski-Levy[51]), Baumbach[52]), Weismann[53]), Reincke[54]), Walsmann[55]), Heusler[56]), Vierhaus[57]), Francke[58]), Rintelen[59]) und Andere. Dabei geht die herrschende Meinung zunächst vom Gesetz aus: Dieses regele den Zeugenbeweis eingehend, ohne auch nur mit einem Wort von der Vernehmung einer Partei als Zeugen zu handeln. Es spreche im § 383 ZPO davon, daß gewisse der Partei nahestehenden Personen zur Verweigerung ihrer Aussage berechtigt seien. Daß der Partei selbst, die doch meist noch stärker als diese ihr Nahestehenden am Ausgang des Prozesses interessiert sei, ein solches Verweigerungsrecht zustehe oder daß sie auch nur unbeeidigt zu vernehmen sei, deute das Gesetz aber mit keinem Worte an. Die ZPO gehe eben von dem Grundsatz aus, daß eine Partei nicht Zeuge sein könne, deshalb gebe sie auch keine Vorschriften über Verweigerungsrecht oder Nichtbeeidigung einer solchen Partei als Zeugen[59]). Aus diesem Grunde entspreche die Ausdehnung etwa des § 373 oder des § 383 ZPO auf die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei nicht dem Gesetz und damit sei überhaupt jede Vernehmung einer parteieidesunfähigen Partei unzulässig, wenn man diese nicht gar unter

---

39) Hellwig, System des ZPR, Band I, Seite 708.
40) Struckmann-Koch, Komm. zur ZPO, Anm. 1 vor § 373.
41) Skonietzki-Gelpcke, Komm. zur ZPO, Vorbem. 1a zu § 373.
42) Neukamp, Komm. zur ZPO, Vorbem. 2b vor § 373.
43) Thiele, Wer ist Partei, wer ist Dritter, Seite 30-31.
44) Landsberg in Pos. M. Schr. I, 2.
45) Planck, Lehrb. d. ZPR, Band I, Seite 193.
46) Hellmann, Lehrb. d. ZPR, Seite 508.
47) Petersen, Komm. zur ZPO, zu §§ 383 ff, I, alte Auflage.
48) Kleinfeller, Lehrbuch des ZPR, Seite 359.
49) Fitting, Der Reichszivilprozeß, Seite 257 (§ 58 I).
50) Bunsen, Die Parteien im Zivilprozeß, in ZZP Band 26, Seite 215 ff.
51) von Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, zu § 373 Anm. 1.
52) Baumbach, Komm. zur ZPO, zu § 383 Nr. 4.
53) Weismann, Lehrbuch des ZPR, Seite 158.
54) Reincke, Die ZPO, Seite 385 zu §§ 373, 74.
55) Walsmann, Die streitgenössische Nebenintervention, Seite 227.
56) Heusler, in Arch.Ziv.Prax. Band 62, Seite 278 Anm. 14.
57) Vielhaus, in ZZP Band 5, Seite 94-95.
58) Francke, Die Nebenparteien der deutschen ZPO, 1892, Seite 109.
59) Rintelen, Die ZPO, Band I, Seite 581.
60) Dies wird besonders von Hellwig (System, Band I, Seite 708 und Lehrbuch des ZPR, Band I, Seite 338) ausgeführt.

dem Zeugeneide — welche Ansicht niemand vertritt — vernehmen wolle.

Selbst wenn aber auch der Gesetzgeber — wie man wohl annehmen könne — eine Vorschrift über die Wissensverwertung der zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei zu geben übersehen habe, so sei doch deren Vernehmung als Zeuge jedenfalls schon wegen des Begriffes des Zeugnisses nach deutschem Zivilprozeßrecht als der Aussage einer dritten von den Prozeßparteien verschiedenen Person völlig ausgeschlossen. Die Gegenmeinung, die eine solche Partei zum Zeugnis zulasse, verwechsele Folge und Grund. Sie beruhe auf der Verkennung des Wertes der unbeeidigten Parteiaussage. Zum Teil werde sie aufgestellt, um es rechtfertigen zu können, daß der Gemeinschuldner im Prozeß der Masse als Zeuge vernommen werde[60]).

Dies ist etwa der Gedankengang der herrschenden Meinung. — Im folgenden sollen ihre Gründe gegenüber denen der im § 4 dargelegten Gegenmeinung abgewogen werden.

§ 5.: Stellungnahme zur Frage.

Eine Kritik beiden oben aufgeführten Ansichten läßt sich m. E. wohl nur aus dem Wesen des Zeugenbeweises heraus treffen.

Und zwar möchte ich da der Meinung rechtgeben, die das Zeugnis — wenigstens für das geltende deutsche Prozeßrecht — als die typische Aussage einer dritten von den Prozeßparteien verschiedenen Person auffaßt.

J ä g e r[61]) bringt zwar für die Gegenansicht vor, daß aus dem Wesen des Zeugenbeweises die Zeugnisunfähigkeit jeder Partei deshalb nicht folgen könne, weil es bekanntlich Prozeßordnungen gebe, die eine zeugenmäßige Vernehmung der Partei als solcher in ihrem System vorsähen. Dem ist aber zunächst entgegenzustellen, daß für diese außerdeutschen Rechte der Begriff des Zeugnisses überhaupt ein anderer ist als der dem deutschen Prozeßrecht eigene. Die anderen Prozeßordnungen sind insofern ganz anders als die deutsche ZPO aufgebaut, als sie eine andere Art der Wissensbekundung als die der Zeugenaussage überhaupt nicht kennen[62]). — Weiter zwingen speziell für die deutsche ZPO die folgenden Gründe dazu, die Zeugnisfähigkeit jeder Partei abzulehnen:

1. Der Zeuge hat einen Rechtsanspruch auf Gebühren, und zwar selbst dann, wenn er am Ausgang des Rechtsstreits interessiert

60)* Nach Ansicht des Verfassers kann der Kridar immer Zeuge sein, denn nach § 7 KO ist der Konkursverwalter und nicht er Partei. Dies ist allerdings äußerst bestritten.

61) so Jäger in Leipz. Ztschr. 1910, Seite 154.

62) So in England (County Court Art. 9 et 10 Vict c 95, Stat. 14 et 15 Vict c 99) und in den anglo-amerikanischen Ländern. Vgl. auch unten Seite 71.

ist. Diese Gebühren soll er offenbar deswegen bekommen, weil er in fremder Sache aussagt. In eigener Sache würde ihm ein Zeitverlust nicht ersetzt. Der Zeuge muß deshalb eine Person sein, die nicht in eigener Sache aussagt, also ein Dritter[63]). — Nach der Gegenansicht würde auch die Zeugnis ablegende Partei nach Maßgabe der Gebührenordnung gemäß § 401 Abs. I ZPO Anspruch auf Zeugengebühren haben, weil sie insoweit nicht in ihrer Eigenschaft als Partei, sondern lediglich als Zeuge vor Gericht stehen würde. Wollte man ihr die Gebühren verweigern, so würde man gegen die eindeutige Vorschrift des § 401 Abs. I ZPO und gegen die Gebührenordnung verstoßen. — Jeder wird aber zugeben müssen, daß eine solche Lösung unbefriedigend erscheinen muß.

2. Ein weiterer Grund, die Zeugnisfähigkeit der Partei abzulehnen, von dem auch Lent[64]) als Verfechter der Gegenansicht zugibt, daß er dieser entgegenstehe, ist folgender: Die prozeßunfähige Partei wäre bei Zeugnisfähigkeit gegenüber der prozeßfähigen Partei sehr bevorzugt, denn sie wäre in der Lage, ihr Wissen in Gestalt der Zeugenaussage ohne Hindernisse dem Gericht zu unterbreiten und damit zur Urteilsgrundlage zu machen, während die prozeßfähige Partei ihr Wissen, wenn sie die Beweislast trägt, zunächst überhaupt nicht wirksam anbringen kann, sondern dem Gegner den Eid anvertrauen muß und nur im Falle der Zurückschiebung zum Zuge kommt, wenn sie nicht die Beweislast trägt, die Zuschiebung durch den Gegner abwarten muß[65]). Auch diese ungleiche Stellung der prozeßfähigen und der prozeßunfähigen Partei kann m. E. nicht als mit der Systematik der ZPO vereinbar angesehen werden.

3. Weiter kommt die Gegenansicht — wie Lent[66]) ebenfalls zugibt — zu Schwierigkeiten insofern, als häufig Zeugenvernehmung einer Partei und Parteieid nach §§ 473 II, III 477 ZPO miteinander konkurrieren würden. Nach Lent soll deshalb, um unbefriedigenden Ergebnissen aus dem Wege zu gehen, der Ausschluß von der Zeugenschaft erst dann eintreten, wenn der Gerichtsbeschluß auf Zulassung der prozeßunfähigen Partei zum Eide ergangen ist. Auf diese Weise könnte jedoch m. E. die prozeßunfähige Partei leicht einmal zunächst als Zeuge und dann im Verlaufe des Rechtsstreits unter dem Parteieid zur Aussage kommen, was — wie früher[67]) schon dargelegt — ebenfalls dem System der ZPO widersprechen würde.

Diese Schwächen der Lehre von der Möglichkeit einer Zeugenvernehmung der Partei sind zwar nach Lent erklärlich, weil es sich um einen neuen Rechtssatz praeter legem handele, der sich nicht

63) Hellwig deutet dies Argument in System Band I, Seite 708 an.
64) Lent, in ZZP Band 52, Seite 23.
65) Lent in ZZP, Band 52, Seite 14 ff.
66) Lent in ZZP, Band 52, Seite 23.
67) vergleiche oben Seite 21 dieser Arbeit.

vollkommen harmonisch in das Gesetz einfüge, aber m. E. sind diese Schwächen doch derartig erheblich, daß sie die Unvereinbarkeit der Lehre von der Zeugnisfähigkeit irgendeiner Partei mit dem Gesetz klar erkennen lassen.

4. Überdies spricht noch ein gewichtiger Grund für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht, nämlich daß schon die Motive zur ZPO den Grundsatz der Zeugnisfähigkeit jeder Partei aussprechen, daß also der Gesetzgeber diese gewollt hat[68]). Zwar ist nach der neueren Ansicht in der Wissenschaft entgegen der früher herrschenden Meinung[69]) in erster Linie von dem Sinn des Gesetzes selbst und nicht von dem Willen des Gesetzgebers auszugehen. Wo der Sinn des Gesetzes aber — wie für das hier behandelte Problem — zweifelhaft ist, wird zur Auslegung immer auch die Absicht des Gesetzgebers herangezogen werden müssen, um mit ihrer Hilfe den Sinn des Gesetzes selbst zu erforschen. In diesen Fällen spielt dann die Absicht des Gesetzgebers eine entscheidende Rolle. Sie ist deshalb mit Recht auch für die hier vertretene Ansicht anzuführen.

Nicht möchte ich — wie Hellwig[70]) zur Begründung der hier vertretenen Ansicht weiter geltend macht — den § 373 ZPO als stichhaltiges Argument gegen die Zeugnisfähigkeit jeder Partei heranziehen. Nach § 373 ZPO erfolgt die Antretung des Zeugenbeweises durch Benennung des Zeugen (und Bezeichnung der Tatsachen, über die die Vernehmung des Zeugen stattfinden soll), woraus Hellwig schließen zu müssen glaubt, daß der Zeuge nur Dritter sein könne. M. E. geht jedoch aus diesem Wortlaut das noch nicht hervor, denn die Partei könnte nach dem Wortlaut dieser Vorschrift sehr wohl auch die Gegenpartei und schließlich auch sich selbst „benennen". Aus dem Wort „benennen" ergibt sich jedenfalls noch nicht, daß es sich hier nur um dritte Personen handeln soll.

Aber dieses Argument Hellwigs erscheint zur Rechtfertigung der hier vertretenen Ansicht garnicht mehr notwendig. Schon wegen der übrigen oben aufgeführten Gründe muß die Ansicht als richtig gelten, nach der Parteieigenschaft und Zeugeneigenschaft in ein und derselben Person für das geltende Recht der ZPO unvereinbar sind und deshalb auch die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei als Zeuge nicht aussagen kann[71]). Nicht allerdings wegen ihrer Interessiertheit am Streitgegenstande oder etwa gar wegen mangelnder geistiger Reife, welchen Grund Neu-

68) Motive zur ZPO, Seite 274.

69) vergleiche über diese Frage und die einschlägige Literatur: Enneccerus, Lehrbuch d. BR, Band I, § 51.

70) Hellwig, System Band I, Seite 708.

71) Wenn eine Partei als Zeuge unzulässigerweise bereits vernommen und ihre Aussage vorgetragen worden ist, so darf sie nicht als gerichtliche Zeugenaussage, auch nicht als Urkundenbeweis bewertet werden, wohl aber kann und muß sie als außergerichtliche Äußerung berücksichtigt und gewürdigt werden. Vergleiche JurW 08 Seite 748 18, auch Sydow-Busch-Krantz, Komm. zu § 286 ZPO.

kamp[72]) für diese Ansicht ins Feld führen will, sondern einzig und allein aus den oben aufgeführten Gründen möchte ich dies für richtig halten. Auch der geistig unreife Dritte kann Zeuge sein, ebensowenig wie bei ihm dürfte darum bei der Partei die geistige Unreife als Hinderungsgrund für die Zeugnisfähigkeit gewertet werden können.

Durch die von Lent[73]) angeführte Tatsache, daß der gesetzliche Vertreter nicht Zeuge sein kann, trotzdem er nicht Partei ist, kann diese Ansicht m. E. nicht erschüttert werden. Die Zeugnisunfähigkeit des gesetzlichen Vertreters beruht nicht darauf, daß nur die Parteieidesfähigkeit, nicht aber schon die Parteieigenschaft die Zeugnisfähigkeit ausschließt — wie Lent[73]) meint —, sondern der gesetzliche Vertreter kann deshalb nicht Zeuge sein, weil er die Partei vorstellt[74]). Daß er auch für sie schwört, ist nur eine Folge davon, daß er sie repräsentiert, nicht aber an und für sich schon der Grund für seine Zeugnisunfähigkeit.

Übrigens gibt selbst R. Schmidt, der z. B. von Jaeger als Vorkämpfer der Gegenansicht bezeichnet wird[75]) zu, daß man für das geltende Zivilprozeßrecht die Zeugnisfähigkeit jeder Partei nach dem Gesetz ablehnen könne. Tue man das, so müsse aber seiner Ansicht nach die Möglichkeit einer Zeugenvernehmung der nicht zum Parteieid zuzulassenden Partei geschaffen werden[76]). Selbst ihm ist danach die Richtigkeit seiner Ansicht offenbar zweifelhaft.

Bei Würdigung alles dessen wird man deshalb für das geltende Zivilprozeßrecht mit Hahn[77]) immer noch davon auszugehen haben, daß der Unterschied zwischen Zeugen und Partei im deutschen Rechtsbewußtsein zu stark verankert ist, als daß man eine Verwischung dieses Unterschiedes gestatten sollte. Parteieigenschaft und Zeugeneigenschaft in einer Person für den gleichen Rechtsstreit sind unvereinbar.

Daß durch den Beitritt zu der hier vertretenen Anschauung auch nicht einmal die Annahme eines „toten Winkels im Beweissystem[78])“, wie Jaeger meint, bedingt wird, wird im folgenden des Näheren darzulegen sein.

72) Neukamp, Komm. zur ZPO, vor § 373, führt aus: „Denn ist schon ein Prozeßsubjekt wegen seiner Stellung im Prozesse ungeeignet, ein Zeugnis abzulegen, so wird es dadurch, daß es überdies noch wegen mangelnder geistiger Reife in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt ist, sicherlich nicht geeigneter, Wahrnehmungen über vergangene Tatsachen in zuverlässiger Weise wiederzugeben.“
73) Lent in Zeitschrift f. Zivilprozeß Band 52, Seite 22.
74) Hellmann, Lehrbuch des ZPR., Seite 509.
75) Jaeger in Leipz. Zeitschr. Band 4 Seite 151.
76) R. Schmidt, Lehrbuch des ZPR, Seite 478.
77) Hahn, Materialien zur ZPO, Band II, 2, Seite 654.
78) So Jaeger in Leipz. Zeitschr. 1910, Seite 154.

Dritter Abschnitt:

Ist das Wissen der zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei im Wege über § 141 Absatz I ZPO verwertbar?

§ 6.: Der von L. Levin und seinen Anhängern vorgeschlagene Weg und die im Ergebnis übereinstimmende Ansicht Hellwigs und Rosenbergs.

Es soll nunmehr dargelegt werden, auf welchem Wege sich die Wahrnehmungen der zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei nach anderer Ansicht ohne Auftreten als Zeuge nach §§ 373 ff. ZPO für die Urteilsbildung dennoch verwerten lassen.

Ein Teil der Literatur — insbesondere Hellwig[79]), Rosenberg[80]), Schneider[81]) und vor allem Levin[82]) wie Bergemann[83]), Ranis[84]), Ferber[85]) sprechen das aus und Entscheidungen des Reichsgerichts[86]) deuten es an — denkt sich nämlich die Verwertung von Wahrnehmungen solcher Personen wie folgt:

Man gibt zwar zu, daß wegen Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift im Beweisrecht die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei *formal* nicht vernommen werden könne. Man sieht jedoch in dem § 141 Abs. I ZPO eine gesetzliche Handhabe dafür, die Wahrnehmungen einer solchen Partei so zu erforschen, daß sie gemäß § 286 ZPO für die Bildung der Überzeugung des Gerichts in Betracht kommen. Eine eidliche Bekräftigung einer solchen Aussage kann freilich natürlicherweise durch Anwendung des § 141 ZPO ebensowenig wie beim unbeeidigten Zeugen nach § 393 ZPO ermöglicht werden. Ihr soll ja gerade wegen der Eidesunfähigkeit einer solchen Partei ausgewichen werden.

Dabei erkennt man wohl, daß systematisch der § 141 ZPO nicht unter die Beweisvorschriften im engeren Sinne fällt und nach dem Willen des Gesetzgebers vornehmlich andere Zwecke als solche der typischen Beweisaufnahme, nämlich die Erleichterung der Ausübung des Fragerechts, verfolgen sollte[87]). Nach der hier darzu-

---

79) Hellwig, Lehrb. des ZPR, Band II, Seite 338. System, Band I, Seite 708, 709.
80) Rosenberg, Lehrbuch d. ZPR., Seite 127 (§ 43, III, 1a).
81) Schneider, Über richterl. Ermittlung, Seite 59.
82) Levin, Richterliche Prozeßleitung, Seite 131 ff.
83) Bergemann, Der Eid der Parteien im geltenden deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht, Diss. Greifswald 1921/22, Seite 24.
84) Ranis, Die Stellung Prozeßunfähiger im Zivilprozeß, Diss. Gießen 1922, Seite 17.
85) Ferber, Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien im Zivilprozeß, Dissertation Würzburg 1926-27, Seite 81.
86) Reichsgericht in RGZ Band 17 Seite 366 a. E., Reichsgericht in Gruchots Beitr., Band 29, Seite 1080.
87) vergleiche Motive zur ZPO, Seite 133, auch von Bar, Recht und Beweis im Zivilprozeß, Leipzig 1867, Seite 148 ff.

legenden Ansicht ist jedoch der § 141 Abs. I ZPO durch seine Fassung („Aufklärung des Sachverhalts") über diese Absicht des Gesetzgebers in seiner Bedeutung hinausgewachsen[88]). Entsprechend dieser weiteren Bedeutung soll § 141 ZPO auch eine Vernehmung der Parteien über deren Wahrnehmungen erlauben, bei der die Parteien nicht mehr als Prozeßführende (Prozeßsubjekte), sondern als Beweismittel (Prozeßobjekte) auftreten. Da weiter zu einer solchen Vernehmung als Prozeßobjekt der Erscheinende nicht die besondere Qualifikation der Prozeßfähigkeit zu haben brauche — er solle ja nicht Prozeßführungshandlungen vornehmen — hält ein Teil der Schriftsteller auf diesem Wege auch die zum Parteieid nicht zuzulassende Partei zu vernehmen und damit ihr Wissen zu verwerten für möglich.

Für diese Ansicht wird von Hellwig[89]) der § 30 Abs. III des (jetzt nicht mehr gültigen) Gewerbegerichtsgesetzes herangezogen, der der prozeßunfähigen Partei ein Recht darauf gab, in dem vom gesetzlichen Vertreter geführten Prozeß gehört zu werden.

§ 7.: **Die dagegen erhobenen Bedenken (Unverwertbarkeit, Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung, Stellung des § 141 ZPO).**

Gegen eine solche Lösung des Problems macht jedoch der überwiegende Teil der Literatur Bedenken nach verschiedenen Richtungen hin geltend. Diese sind im folgenden zu erörtern und auf ihre Beachtbarkeit zu prüfen, um feststellen zu können, ob das Wissen der prozeßunfähigen Partei in der eben dargelegten Weise verwertet werden kann oder ob hier tatsächlich etwa ein „toter Winkel im Beweissystem" anzunehmen ist.

Die Gründe, die gegen die oben vorgeschlagene Lösung vorgebracht werden, lassen sich in mehrere große Gruppen zusammenfassen. Zum einen Teil ergeben sie sich aus Bedenken hinsichtlich der Verwertbarkeit jedes bestittenen einseitigen Parteivorbringens für die Bildung der Überzeugung des Gerichts schlechthin, zum andern Teil aus verschiedener Anschauung über die Rechtsnatur eines tatsächlichen Parteivorbringens (Prozeßhandlung im Sinne einer prozeßrechtlichen Willenserklärung oder Beweisaussage im Sinne einer Vorstellungsmitteilung) und endlich aus ungleichartiger Auffassung der Anordnung aus § 141 ZPO (Aufklärung über Streitstand oder Beweisanordnung im weiteren Sinne).

Im folgenden soll zu diesen Fragen Stellung genommen werden.

---

88) vergleiche Levin, Richterl. Prozeßl., Seite 131 ff. Einige nehmen sogar an, daß der § 141 ZPO praktisch lediglich Beweiszwecke verfolge; so z. B. Foerster-Kann, Komm. zur ZPO zu § 141. Hierüber siehe auch unten Seite 88.

89) Hellwig, Lehrb. des ZPR, Band II, Seite 338.

§ 8.: Prüfung der Ansichten mit ihren Grundlagen.

I. Die Verwertbarkeit eines tatsächlichen Parteivorbringens als Urteilsgrundlage.

Wach[90]), Stein-Juncker[91]), Weismann[92]) und Fitting[93]) sind der Ansicht, daß eine einseitige (bestrittene) formlose Parteibekundung grundsätzlich nicht vom Richter zur Grundlage seiner Überzeugung gemacht werden dürfe. Zwei Entscheidungen des Reichsgerichts, nämlich RGZ in JurW 1912, S. 1061[94]) und RGSt Bd. 16, S, 195[95]), bewegen sich in der gleichen Richtung.

Unverhältnismäßig stärker ist die Gegenmeinung vertreten. Vor allem die meisten der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen[96]) und anderer Gerichte[97]), sowie Planck[98]), Hell-

90) Wach, Vorträge, Seite 218: „Die Behauptungen der Partei sind als ihr günstige Selbstaussagen ohne irgendwelche Überzeugungskraft".

91) Stein-Juncker, Grundriß des ZPR, Seite 175/76: „Die tatsächlichen Behauptungen und Erklärungen der Partei im Prozesse haben zunächst nicht die Bestimmung, den Richter zu überzeugen..." und „Die günstige Aussage hat zunächst wegen des gleichen Anspruchs beider Parteien auf Glaubwürdigkeit keinen Beweiswert, sondern erhält ihn erst durch eidliche Bekräftigung..." — Stein-Juncker ist jedoch für den Geltungsbereich des § 141 ZPO anderer Meinung (vgl. unten S. 58.

92) Weismann, Lehrbuch des ZPR, Seite 158: „Die gerichtliche Aussage einer Partei kann nur als Parteieid Beweiswert erlangen."

93) Fitting, Der Reichszivilprozeß, Seite 230/31 (§ 53 II): „Nur unter besonderen Umständen kann einer Behauptung einer Partei Beweiskraft beigemessen werden und auch dann bloß, wenn sie durch Eid ... bekräftigt wird." Widersprechend jedoch Seite 234/35.

94) RGZ in JurW 1912, Seite 1061 IV: „...Einseitige und unbewiesene Behauptungen können nicht ohne weiteres als wahr angenommen werden".

95) RGSt Bd. 16 Seite 195; es handelt sich hier um das umstrittene Problem des Prozeßbetruges. Dabei führt das RG. aus: „... bloße unwahre Behauptungen über Tatsachen im Prozesse können nicht hinreichen, um einen Betrug zu begründen, weil der Richter regelmäßig nicht befugt ist, auf einseitiges Parteivorbringen hin ohne zu erbringenden und ebenmäßig seiner Prüfung zu unterstellenden Beweis eine Entscheidung oder eine über die bloße Prozeßleitung hinausgehende Verfügung zu treffen. Wenn daher ordnungswidrigerweise auf bloße Parteibehauptungen hin eine den Gegner schädigende Verfügung getroffen werden sollte, so würde dieser nicht durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch geschädigt, daß der Richter eine ihm obliegende Funktion nicht ausgeübt hat...".

96) RG in JurW. 1888 Seite 342, Nr. 5, in JurW. 1891 Seite 486, in JurW. 1912 Seite 541, in Warn. Rsp. 1914 Nr. 234, in Leipz. Ztschr. 1925 Seite 772, Nr. 7, in Gruchots Beitr. Band 29 Seite 1083, in Gruchots Beitr. Band 34 Seite 959, auch RGZ Band 4 Seite 375 ff., Band 11 Seite 425, Band 33 Seite 354, Band 80 Seite 363, 365, Band 86 Seite 143(5), Band 94 Seite 52, 55. — Nur in den oben bereits erwähnten beiden Entscheidungen (RG in JurW 1912 Seite 1061 4 und RGSt Band 16 Seite 195) weicht das RG von diesem Standpunkt ab.

mann[99]), Fitting[100]), Bunsen[101]), Fischer[102]), Petersen-Anger[103]), Wilmowski-Levy[104]), Reincke[105]), Levin[106]), Bähr[107]), Endemann[108]),

97) OLG Bayern SA 40 Nr. 316, OLG Karlsruhe in ZZP Band 3, Seite 491 ff. seien hier hervorgehoben.

98) Planck, Lehrbuch des ZPR, Band II, Seite 193: „Daß die Partei nicht Zeuge sein kann, schließt nicht aus, daß der Beweiswert ihrer etwaigen Aussage nach den für die Würdigung der Zeugenaussage geltenden Gesichtspunkten beurteilt wird...“ und ebenda Seite 37 ff.: „Die Parteimitteilung erscheint unter dem Gesichtspunkt des Zeugnisses, freilich eines Zeugnisses in eigener Sache. Der letztere Umstand aber hindert nach dem System der ZPO zwar die (zeugenmäßige) Beeidigung, nicht aber die Benutzung ihrer Aussage bei der Bildung der richterlichen Überzeugung...“.

99) Hellmann, Komm. zur ZPO, Seite 88: „Es ist nicht erforderlich, daß der Richter seine Überzeugung nach objektiven, außerhalb der Person der Parteien gelegenen Merkmalen bestimmt, er ist dazu befugt, auch wenn ihm nur die eine Partei als glaubwürdig, die andere als unglaubwürdig erscheint...“.

100) Fitting, der Reichszivilprozeß, § 53, III u. V., Seite 234/5: „Zu berücksichtigen sind nicht bloß die Ergebnisse stattgefundener Beweisaufnahmen, sondern namentlich auch alle diejenigen Inzichten (Indizien), die der gesamte Inhalt der Verhandlungen darbietet...“ und ebenda Anm. 13: „Naturgemäß hat das Gericht eine Behauptung für wahr anzunehmen, wenn es sich bewußt ist, daß die dafür sprechenden Gründe unter den obwaltenden Umständen jeden verständigen, erfahrenen und umsichtigen Mann von gleicher Bildungsstufe zur Annahme der Wahrheit bestimmen müßten...“ Widersprechend jedoch a.a.O. Seite 230/31.

101) Bunsen in ZZP Band 26, Seite 215/216: „Daraus, daß eine Partei nicht als Zeuge vernommen werden kann, folgt keineswegs, daß die Partei nicht für und gegen sich zeugen kann, d. h. ihre Wahrnehmungen über Tatsachen nicht mitteilen kann und daß der Richter einem solchen Zeugnisse in eigener Sache keinen Glauben schenken und sein Urteil darauf nicht stützen kann.“

102) Fische, Lehrbuch des ZPR, Seite 187: „Auch Behauptungen und Gegenerklärungen der Parteien sind bei der Bildung der freien richterlichen Überzeugung hinsichtlich der Richtigkeit einer Behauptung in Betracht zu ziehen, da sie unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen, zu denen in erster Linie die Parteierklärungen und das sonstige Verhalten der Parteien gehören, zu bilden ist...“

103) Petersen-Anger, Komm. zur ZPO, zu § 286 (259): „Das Gericht kann eine bestrittene Behauptung auf Grund der Verhandlungen als erwiesen oder als unwahr annehmen und mit Rücksicht darauf die ... angebotenen Beweise ablehnen...“

104) Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, zu § 286: „Die Grundlagen der Überzeugung des Gerichts sollen nicht nur die eigentlichen Beweisverhandlungen, sondern der Inhalt aller Verhandlungen, Erklärungen, Handlungen oder Unterlassungen sein... Der Überzeugung dient alles, was theoretisch Beweisgrund sein kann und unmittelbar oder mittelbar Schlußfolgerungen gestattet...“.

105) Reincke, Komm. zur ZPO, zu § 286: „Die Fassung des § 286 zielt darauf ab, daß es dem Gericht freistehen soll, die von den Parteien angebotenen Beweismittel ganz bei Seite zu lassen und seine Überzeugung lediglich auf den Gesamtinhalt der Verhandlungen zu gründen. Demzufolge ist das Gericht in der Lage, alle möglichen Momente aus

Wernz[109]), Ude[110]), Fuld[111]), und früher schon die Motive[112]) und vorausblickend von Bar[113]) sind hier zu nennen. Nach allen Diesen unterliegt der freien Beweiswürdigung durch das Gericht und hat damit Beweiswert alles, was sich vor dem Gericht irgendwie abgespielt hat, auch der Eindruck, den eine Person auf das Gericht macht[114]). Der Richter ist in der tatsächlichen Würdigung des von den Parteien Vorgebrachten völlig frei. Der herkömmliche Ausdruck „Beweiswürdigung" wird nicht im Sinne des Inbegriffs erhobener Beweise abgegrenzt, vielmehr soll auch jede sonst denkbare Würdigung des Tatsachenstoffs darin liegen[115]).

Die zuletzt wiedergegebene Ansicht ist m. E. die allein richtige. Die entgegengesetzte Auffassung Wach's und Anderer (siehe oben Seite 32) steht im Widerspruch zunächst mit dem Wortlaut des § 286 ZPO, nach dessen eindeutiger Fassung ebenso wie das Ergebnis einer etwaigen Beweisaufnahme der gesamte Inhalt der Verhandlungen der freien Würdigung durch das Gericht unterliegt. Daß gerade jedes Parteivorbringen — auch das einseitige bestrittene — zum mindesten zum gesamten Inhalt der Verhandlungen (wenn nicht darüber hinaus unter Umständen sogar zum Ergebnis der Beweisaufnahme)[116]) zu rechnen ist, dürfte unbestreitbar sein. Wenn § 286 eine Entscheidung „nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Ver-

der mündlichen Verhandlung für seine Überzeugung zu verwerten; so namentlich den persönlichen Eindruck, den es von den Parteien empfängt ...".

106) Levin, Richterliche Prozeßleitung, Seite 133, in längeren Ausführungen.

107) Bähr, Die Grenzen der freien Beweiswürdigung, in Iherings Jahrbüchern Band 25, Seite 394 ff., insbesondere Seite 399: „Der gesamte Inhalt der Verhandlungen kann für die Überzeugung genügen."

108) Endemann, Lehrbuch des ZPR, Band II, Seite 71.

109) Wernz, in Hausers Zeitschrift, Band III, Seite 362.

110) Ude in Zeitschr. f. Zivilprozeß Band 6, Seite 424.

111) Fuld in Gruchots Beiträgen Band 29, Seite 328: „Die ZPO hat in § 286 den Grundsatz der freien und uneingeschränkten Beweiswürdigung zum Grund- und Eckstein des ganzen Zivilprozeßverfahrens gemacht. Es ist eine ebenso unstatthafte wie dem Geiste des Gesetzes nicht gerecht werdende Einschränkung, wenn man dieses Prinzip als ein lediglich für das Beweisverfahren geltendes hinstellt ... Das Gesetz gestattet dem Richter, in einer Sache sofort, lediglich auf Grund der Parteivorträge, Urteil zu erlassen, sofern er aus dem Inhalte dieser genügend Anhaltspunkte glaubt finden zu können, um das einerseits Vorgebrachte als wahr oder unwahr anzusehen ..."

112) Motive: Norddeutsche Protokolle, Seite 475 ff., Prot. Seite 181, 551 und von der 168. Sitzung Seite 3, auch Begründung Seite 7.

113) von Bar, Gutachten 1870, Seite 15, 16: „... wenn unsere Richter durch eine wirklich einheitliche mündliche Verhandlung in Gegenwart der Parteien selbst in den Stand gesetzt würden, eine ihnen künftig ohne allen Zweifel zukommende freie Beweiswürdigung auch tatsächlich anzuwenden."

114) RG in JurW 1912, Seite 541; vgl. auch Seite 33 d. Arbeit Anm. 105.

115) RG in Leipziger Zeitschrift 1925, Seite 772, Nr. 7.

116) vergleiche unten Seite 59 ff. (Beweisaufnahme aus § 141 ZPO).

handlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme“ verlangt, so ist damit dem Richter sowohl die Möglichkeit der Bewertung eines Parteivorbringens als wahr wie als unwahr gegeben. Man darf aber nicht wie die Gegenansicht von vornherein grundsätzlich verlangen, daß der Richter ein dieser freien Würdigung des § 286 ZPO zweifellos unterliegendes Vorbringen von vornherein als unwahr bewerte. Jeder Zwang zu einer Bewertung in einer oder der anderen Richtung soll ja durch den § 286 ZPO gerade ausgeschlossen sein. —

Die einseitige Parteibehauptung ist demnach keineswegs für die Bildung der Überzeugung des Gerichts unerheblich. Nach der Vorschrift des § 286 ZPO m u ß der Richter sogar in jedem Falle ein Parteivorbringen verwerten, d. i. als wahr oder unwahr bewerten, da er sonst garnicht über den gesamten Inhalt der Verhandlungen entscheiden würde, sondern nur über den Inhalt der Verhandlungen ohne dieses Parteivorbringen. Er darf deshalb auch einem einseitigen bestrittenen Parteivorbringen Glauben schenken.

Daß ein der Partei günstiges eigenes Vorbringen naturgemäß nicht so leicht wie ein ihr ungünstiges in dem Richter die Überzeugung der Wahrheit hervorrufen wird, hat mit dieser Rechtsfrage nichts zu schaffen und wird von niemandem bestritten. Schon aus dem Erfahrungssatz, daß niemand sich selbst unnötig zu schaden pflegt, leuchtet ein, daß im Regelfall nur das Geständnis, nicht aber das günstige Vorbringen als wahr bewertet werden wird[117]). Ist aber nach menschlich verständigem Ermessen die Wahrheit einer streitigen Tatsache auch schon aus bestrittenem günstigem Parteivorbringen zu entnehmen[118]), so darf und muß der Richter gemäß der gewonnenen Überzeugung ohne weitere Beweisaufnahme die bestreitende Partei verurteilen, wenn dies im übrigen möglich ist. Auf Vermutungen und Annahmen, die in dem Ergebnisse der Verhandlung keine Grundlage haben, darf er allerdings seine Entscheidung nicht stützen[119]). – Daß bei Anwendung des Grundsatzes des § 286 S. 1 willkürlich verfahren wird, hindert § 286 S. 2 ZPO, welche Bestimmung vorschreibt, daß in dem Urteil die Gründe, die für die richterliche Überzeugung leitend waren, anzugeben sind[120]). Sind diese Gründe nicht schlüssig, so unterliegt das Urteil wegen Verletzung des § 286 der Revision[121]). Die freie Beweiswürdigung ist somit keineswegs gleichbedeutend mit richterlicher Willkür.

117) vergleiche Planck, Lehrbuch des ZPR., Band I Seite 354.
118) z. B.: Der Kläger, der unbescholten ist und sich in seinem Vorbringen noch nie widersprochen hat, führt Einzelheiten glaubwürdig aus, der nach §§ 153 ff. StGB vorbestrafte Beklagte erklärt summarisch, er wolle alles bestreiten.
119) vgl. RGZ in Gruchots Beiträgen, Band 29 Seite 1081.
120) über den Gegensatz von freier Überzeugung und unbedingter Gewißheit vgl. RGZ Band 15, Seite 338, RG in JurW 1894 Seite 507, Nr. 7, Planck, Lehrbuch d. ZPR, Band II, Seite 164.
121) vgl. RGZ Band 4 Seite 208, Band 6 Seite 169.

Gegen den Einwand der Gegenansicht, daß durch eine solche Entscheidungsmöglichkeit allein auf Grund einseitigen Parteivorbringens jede Beweislast aufgehoben sei, wandte sich schon Bähr [122]): „Für Gott den Allwissenden gibt es nur eine Alternative: eine Tatsache ist eingetreten oder nicht eingetreten. Für den Menschen gibt es aber noch ein Drittes: das non liquet. Hier muß die Beweislast entscheiden." Mit anderen Worten: § 286 ZPO muß durchaus nicht immer zu einer positiven Überzeugung von wahr oder unwahr führen. Es bleibt dort Raum für die Anwendung der Beweislastregeln, wo der Richter die nach § 286 notwendige Überzeugung von der Richtigkeit eines Parteivorbringens nicht hat gewinnen können, d. i. in der weitaus größten Zahl aller hier in Betracht kommenden Fälle. Man kann deshalb wohl von einer gewissen Einschränkung der Bedeutung der Beweislast durch den § 286 ZPO gegenüber dem gemeinen Zivilprozeßrecht, nicht aber von einer Aufhebung der Beweistlast sprechen[123]).

Übrigens wurden auch im römischen Prozesse, wie er faktisch sich gestaltete, Zeugenaussagen und eigene Angaben der Parteien in ihrer Verwertbarkeit nicht streng geschieden und auch in den gerichtlichen Reden Cicero's oft eng miteinander verwoben[124]). Eine Bestätigung dessen findet man in dem heutigen französischen Prozesse[125]).

Nach alledem kann das Argument, das einseitige bestrittene Parteivorbringen sei als Urteilsgrundlage für den Richter garnicht verwertbar, gegen die Vernehmbarkeit einer prozeßunfähigen Partei nach § 141 ZPO mit Erfolg nicht ins Feld geführt werden.

II. Die Fähigkeit der prozeßunfähigen Partei zu einer tatsächlichen Bekundung.

A. Die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung (Begriff der Prozeßhandlung).

Die weiteren Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Wissens einer prozeßunfähigen Partei, deren Abwägung von mehreren verschiedenen Gesichtspunkten abhängt, gipfeln darin, daß die prozeß-

122) Bähr in Iherings Jahrb., Band 25 Seite 394, 401; vgl. auch Ude in ZZP, Band 6, Seite 419 ff.

123) Die Geltung des Satzes: „actore non probante reus absolvitur" wird durch den Beitritt zu der hier vertretenen Ansicht ebenfalls nicht berührt. Denn die Herstellung der richterlichen Überzeugung ist dem Beweise gleichzusetzen (vgl. des näheren unten Seite 60). Auch wenn die Herstellung dieser Überzeugung auf einseitigem Parteivorbringen beruht, hat die beweispflichtige Partei demnach den ihr obliegenden Beweis erbracht.

124) vergleiche von Bar, Gutachten zum 8. Deutschen Juristentag 1869/70, Seite 15, 16.

125) vgl. Zink, Über die Ermittelung des Sachverhalts im französischen Zivilprozeß, Band I, Seite 548 ff., und Bomhard, Zivilrechtspflege in der bayrischen Pfalz, 1861, Seite 46 ff.

unfähige Partei zu einer tatsächlichen Bekundung niemals fähig sei, weil jedes Auftreten einer Partei im Prozeß eine Prozeßhandlung darstelle, deren wirksame Vornahme der prozeßfähigen Partei oder dem gesetzlichen Vertreter der prozeßunfähigen Partei allein vorbehalten sei.

Bei der Würdigung dieser Bedenken ist zunächst auf die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung und vorweg auf Begriff und Wesen der Prozeßhandlungen kurz einzugehen. Denn bei dem Begriff der Prozeßhandlung handelt es sich weder um einen juristischen Grundbegriff noch um einen rechtssatzmäßigen Begriff, sondern um einen freien wissenschaftlichen Begriff[126]. Hinsichtlich der letzteren herrscht aber keine Einheit, sondern Freiheit in dem Sinne, daß man je nach den Zwecken, die man sich setzt, den behandelten Begriff enger oder weiter fassen kann[127]. Wenn demnach hier die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung untersucht werden und festgestellt werden soll, ob die prozeßunfähige Partei zu einer tatsächlichen Bekundung fähig ist oder nicht, so ist zunächst der Inhalt festzustellen, der im folgenden dem Begriffe der Prozeßhandlungen gegeben werden soll. Von dieser Basis aus kann dann weiter die Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung erörtert werden und im Zusammenhange damit entschieden werden, welche Voraussetzungen in der Person des eine solche Bekundung Abgebenden erfüllt sein müssen, um die Bekundung als für den Prozeß erheblich erscheinen zu lassen.

Würde man davon ausgehen, daß der Prozeß aus nichts anderem besteht als aus Handlungen des Gerichts und der verschiedenen am Prozeß beteiligten Personen, so könnte man — und müßte man — schlechterdings alles, was im Prozeß geschieht, als Prozeßhandlung bezeichnen. Mit einem derart weit gefaßten Begriff wäre jedoch für die hier vorzunehmende Untersuchung praktisch wenig gewonnen. Wegen des Themas seien zunächst die Handlungen des G e r i c h t s[128], die grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Normen unterstehen, ausgeschieden. Aus Zweckmäßigkeitsgründen erscheint weiter eine Beschränkung des Begriffes auf die positiven in die Außenwelt tretenden Handlungen der am Prozeß beteiligten Privatpersonen, also vor allem der Parteien, angezeigt. Nimmt man diese Begrenzung vor, so sind nach Kern Tathandlungen und Erklärungen unter den positiven Handlungen

126) Die Unterscheidung dieser drei Begriffe stammt von Kern, Zur Lehre von den Prozeßhandlungen im Strafprozeß, Seite 58/59. — Juristische Grundbegriffe sind nach dieser Einteilung z. B. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, subjektives Recht und Rechtspflicht, Rechtsgrund und Rechtsfolge. — Rechtssatzmäßige Begriffe sind z. B. Eigenbesitz, Widerklage. — Alle übrigen seien freie wissenschaftliche Begriffe.

127) Hinsichtlich dieses und des folgenden vergleiche K e r n, a.a.O., S. 58, 59.

128) Über die grundsätzlich verschiedene Art und Behandlung der Prozeßhandlungen des Gerichts und der Prozeßhandlungen der Parteien vgl. Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 149 ff.

zu unterscheiden. Von diesen spielen ähnlich wie im bürgerlichen Recht die Tathandlungen eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle[129]) im Gegensatz zu den Erklärungen, die auch der wissenschaftlichen Untersuchung ungleich mehr Stoff bieten. Unter den Erklärungen trennt Kern — welche Einteilung hier besonders von Wichtigkeit ist[130]) — Wissenserklärungen (Beurkundungen und Zeugenaussagen) und prozeßrechtliche Willenserklärungen. Er versteht unter den letzteren solche Erklärungen, die eine Rechtsfolge im Prozeß willensgemäß auslösen oder — mit anderen Worten — die den Prozeß entsprechend dem erklärten Willen weiter fördern. Es sind die gleichen Erklärungen, die von einigen, von denen hier Trutter[131]) und Manigk[132]) genannt seien, als prozessualische Rechtsgeschäfte[133]) bezeichnet werden, sowie sonstige Willensäußerungen im Prozeß[134]).

Kern sieht also alle Tathandlungen und Erklärungen im Prozeß als Prozeßhandlungen an. Er befindet sich dabei in Übereinstimmung mit Hellwig[135]), der zwar zugibt, daß das Gesetz nur Prozeßführungshandlungen[136]) im Sinne habe, wo es von den einen konkreten Rechtsstreit betreffenden Handlungen spreche, aber dann weiter seiner Ansicht Ausdruck gibt, daß es neben den Prozeßführungshandlungen noch andere Prozeßhandlungen

---

129) Kern, a.a.O., führt aus, daß in vielen Strafprozessen überhaupt keine Tathandlung vorkomme. Geschweige denn können die Tathandlungen im Zivilprozeß eine Rolle spielen, wo der Durchsuchung oder Fesselung ähnliche Handlungen, abgesehen von der Durchsuchung etwa durch den Gerichtsvollzieher, überhaupt nicht vorgenommen werden.

130) Die weiter möglichen Einteilungen nach richterlichen und Parteihandlungen und im einzelnen nach Anträgen, Ladungen, Entscheidungen usw. mögen an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben.

131) Trutter, Über prozessualische Rechtsgeschäfte 1890.

132) Manigk, Artikel „Rechtshandlungen" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften.

133) Der Begriff der „prozessualen Rechtsgeschäfte" wird jedoch auch nicht in eindeutigem Sinne gebraucht. Viele verstehen darunter nur die Prozeßhandlungen, die zugleich die Erfordernisse eines zivilistischen Rechtsgeschäfts enthalten, wie Anerkenntnis, Verzicht, Vergleich, Vereinbarung der Zuständigkeit, also in der Hauptsache die Prozeßverträge. So z. B. Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft 1910. Andere verstehen darunter alle die Prozeßhandlungen, hinsichtlich deren die ZPO dem in ihrem Tatbestand erklärten Rechtsfolgewillen entsprechende Wirkungen eintreten läßt (Manigk, Otto Fischer). — Im folgenden soll der Begriff lediglich im letzteren Sinne verstanden werden.

134) Auch solche Willensäußerungen, deren Wirkungen ex lege und nicht auf Grund eines Rechtsfolgewillens eintreten, müssen unter diesen „prozeßrechtlichen Willenserklärungen" Kerns mitverstanden werden, weil sie sich sonst in sein System der Prozeßhandlungen überhaupt nicht eingliedern lassen würden. Sie sind keinesfalls Wissenserklärungen.

135) Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft 1910, Seite 10.

136) d. i. Handlungen, die den Prozeß einleiten oder weiter betreiben oder beendigen (vgl. Hellwig, a.a.O., Seite 8).

gebe[137]). Nach Hellwig sind demnach ebenfalls alle Handlungen im Prozeß (Tun oder Unterlassungen) Prozeßhandlungen. Und zwar dienen die Prozeßhandlungen entweder der Führung des Prozesses oder sie sind Handlungen, die zwar einen prozessualen Erfolg haben, aber nicht jenem Zwecke dienen[138]). Die Prozeßhandlungen werden demnach auch von Hellwig in zwei Hauptgruppen eingeteilt[139]). Dabei entsprechen die Prozeßführungshandlungen den von Kern als „prozeßrechtliche Willenserklärungen", besser aber als „prozeßrechtliche Willensäußerungen" bezeichneten Handlungen[140]), die übrigen Prozeßhandlungen den Wissenserklärungen Kern's.

Eine andere Einteilung der Prozeßhandlungen, die aber ebenfalls alle Tathandlungen und Erklärungen im Prozesse von rechtlicher Bedeutung erfaßt, gibt Manigk[141]). Er geht davon aus, daß dem Begriffe der Prozeßhandlung der Begriff der juristischen Handlung im Zivilrecht entspreche[142]). Damit ist nicht gesagt, daß

137) Hellwig, a.a.O., Seite 11: „Die üblichen Definitionen der Prozeßhandlungen stimmen mit der hier gegebenen überein; jedoch übersieht man, daß die Prozeßführungshandlungen keineswegs die einzigen Prozeßhandlungen sind."

138) Hellwig, a.a.O., Seite 7.

139) Im einzelnen gibt Hellwig, a.a.O., Seite 14, folgende Einteilung der Prozeßhandlungen:

1. Anträge, d. h. Willenserklärungen, gerichtet an das Gericht und das bezeichnend, was von ihm geschehen soll.
2. Anführungen über geltendgemachte oder verneinte Rechte und Tatsachen (Behauptungen) zwecks Begründung der Anträge.
3. Produktion der Beweismittel (einschließlich der Eidesleistungen).
4. Ausführungen, die sich beziehen entweder auf die Würdigung der erhobenen Beweise (§ 286) oder auf die Existenz und den Inhalt von Rechtssätzen und Erfahrungssätzen oder auf die Schlußfolgerungen, die sich aus den ermittelten Obersätzen für den konkreten Fall ergeben; (Ausführungen bezüglich der Parteirechte).
5. Prozessuale Rechtsgeschäfte.
6. Ladungen, Aufforderungen zum Erscheinen und andere Betriebshandlungen.

Es sind dies alles aber nur Parteihandlungen, die übrigen Prozeßhandlungen gliedert Hellwig in dies System nicht ein.

140) Weil sie die Willensmitteilungen mitumfassen, vgl. S. 38, Anm. 134.

141) Manigk, Rechtshandlungen, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Seite 669 und jüngst in Iher. Jahrb., Band 83, Seite 1 ff., insbesondere Seite 36 und 107.

142) Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, wollte man den Begriff der Rechtshandlung hier entwickeln und die verschiedenen Begriffsbestimmungen der Rechtslehrer aufführen, die, wie Manigk in Iherings Jahrb. Band 83, Seite 1 ff., im einzelnen darlegt, mehrfachen erheblichen Bedenken unterliegen. Es sei darum die von Manigk gegebene Systematik zugrundegelegt, die unter den juristischen Handlungen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne unterscheidet, welch letztere in rein äußere (Spezifikation, Fruchterwerb, Fund), in mit inneren Tatsachen verknüpfte (Wohnsitzgründung, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, Geschäftsführung) und in Mitteilungen (Willensmitteilungen und Vorstellungsmitteilungen) zer-

die privatrechtlichen Normen der juristischen Handlungen ohne weiteres auch für Prozeßhandlungen gelten. Vielmehr erfordert das Prozeßrecht wegen der vom Privatrecht grundsätzlich abweichenden Rechtslage auch eine abweichende Behandlung, insbesondere hinsichtlich der Regeln über Willensmängel, Bedingung und Befristung[143]).

Stellt man nun den Begriff der juristischen Handlung im Zivilrecht der Prozeßhandlung im Prozeßrecht gegenüber und versucht man, die Prozeßhandlungen analog den in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne zerfallenden juristischen Handlungen des Zivilrechts einzuteilen, so kommt man dazu, Prozeßrechtsgeschäfte[144]), d. i. Akte prozessualer Selbstbestimmung, und solche Prozeßhandlungen, an die das Gesetz unabhängig von dem in ihnen ausgedrückten Willen reine Legalwirkungen knüpft, zu unterscheiden. Dies ist die Einteilung Manigk's, der die letzteren Prozeßhandlungen — wie die Rechtshandlungen im engeren Sinne — weiter in Willensmitteilungen und in Vorstellungsmitteilungen gliedert und sie zusammenfassend als Prozeßrechtshandlungen im engeren Sinne — analog den Rechtshandlungen im engeren Sinne — bezeichnet[145]). Diese Ein-

---

fallen. Besondere Realakte und geschäftsähnliche Handlungen als juristische Akte gibt es nach dieser Systematik nicht mehr. — Vergleiche dazu Manigk, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, S. 366, jüngst in Iher. Jahrb. Band 83, Seite 1 ff. Die Rechtshandlungen im engeren Sinne definiert Manigk an der zuerst zitierten Stelle als diejenigen juristischen Handlungen, deren Wirkungen auf Grund gesetzlich normierter Tatbestandsmerkmale ex lege und ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen des Handelnden eintreten, im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften, bei denen der Erfolgswille des sie Vornehmenden die Rechtsfolge bestimmt.

143) Manigk, in Handw. d. Rechtsw., Seite 367 und in Iher. Jahrb. Band 83, Seite 1 ff. sowie Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, Seite 9 führen dies aus. Der erstgenannte Autor hebt in diesem Zusammenhange hervor, daß die methodisch richtige Fragestellung nicht etwa dahin laute, ob die zivilrechtliche Kategorie der Rechtsgeschäfte oder die der Rechtshandlungen auf die übrigen Rechtsdisziplinen, also etwa das Prozeßrecht übertragbar sei, sondern, ob es eine allgemeinrechtliche Kategorie jener Art, also ein allen Gebieten des Rechts gemeinsames Recht gebe, welche Frage er bejaht. Er erkennt danach dem Allgemeinen Recht angehörende Institute der Rechtshandlungen, der Rechtsgeschäfte, der Willenserklärungen u. a. an, deren spezifische Behandlung im Bürgerlichen, im Prozeß-, im Verwaltungsrecht verschiedenartig ist. Es bestehen aber andererseits auch generelle Grundsätze einer gemeinsamen Behandlung. (Manigk, in Iher. Jahrb., Band 83, Seite 8). S. a. Karl Friedrichs, Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts, Seite 11 ff. und 52 ff.

144) hier in gleichem Sinne wie Seite 38 u., vergl. dort Anm. 133.

145) So Manigk, Rechtshandlungen, im Handwörterb. der Rechtswissenschaften, vergl. auch P. Klein, in ArchBürgRecht, Band 33, Seite 246, Band 34, Seite 323 ff. und in österr. Zentralblatt für die jur Praxis, Band 28, Seite 468 ff., und Karl Friedrichs, a.a.O., Seite 52 ff. und 116 ff.

teilung weicht insofern von derjenigen Kern's und Hellwig's ab, als die hier als Prozeßrechtsgeschäfte bezeichneten Prozeßhandlungen erst mit einem Teil der Prozeßrechtshandlungen im engeren Sinne, nämlich den Willensmitteilungen, zusammengenommen die prozeßrechtlichen Willenserklärungen Kern's und die Prozeßführungshandlungen Hellwig's verkörpern.

Beachtlich ist auch die Einteilung J. Goldschmidts[146]). Nach ihm sind die Prozeßhandlungen der Parteien die von diesen vorgenommenen Handlungen von rechtlicher Bedeutung, die die prozessuale Rechtslage gestalten, d. h. die prozessuale Aussichten, Möglichkeiten, Lasten oder Befreiungen von Lasten begründen, verändern oder vernichten[147]). Sie sind nach Goldschmidt in Erwirkungshandlungen und Bewirkungshandlungen einzuteilen. Beide Arten unterscheiden sich insofern, als die ersteren bestimmt sind, durch psychische Einwirkung auf den Richter eine Entscheidung bestimmten Inhalts herbeizuführen (Anträge, Behauptungen, Beweisführungen), die letzteren dagegen nicht (prozessuale Vereinbarungen[148]), einseitige prozeßrechtliche Willenserklärungen[149]), Willensmitteilungen[150]) und Vorstellungsmitteilungen[151]) sowie Realakte). Es finden sich hier also die aus dem bürgerlichen Recht bekannten Gruppen und Anwendungen wieder.

Dahingegen lehrt zwar Rosenberg[152]), der Versuch, eine größere oder kleinere Anzahl von Parteihandlungen zu Willenserklärungen zu stempeln und als sogenannte Prozeßrechtsgeschäfte von den übrigen Parteihandlungen abzusondern, sei dogmatisch unfruchtbar. Alle Parteihandlungen hätten grundsätzlich die gleiche Regelung erfahren, und es bestehe kein Unterschied, ob die eine oder andere den Erfordernissen privatrechtlicher Willenserklärungen genüge oder nicht. — Ihm ist jedoch entgegenzuhalten, daß die spezifische Behandlung der rechtlich erheblichen Handlungen (Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen im engeren Sinne u. a.) trotz genereller Grundsätze einer allgemeinen Behandlung in jeder einzelnen Rechtsdisziplin eine verschiedenartige ist[153]). Warum gerade im Prozeßrecht diese Verschiedenartigkeit nicht zu berücksichtigen

146) Goldschmidt, Lehrb. des ZPR, § 39 (Seite 120).
147) Goldschmidt, Lehrb. des ZPR, Seite 120.
148) z. B. der Prorogationsvertrag, Schiedsvertrag, Prozeßvergleich.
149) z. B. die Zurücknahme der Klage, eines Rechtsmittels, Zustimmung zur Klagänderung, Verzicht auf Rechtsmittel, Erteilung einer Prozeßvollmacht.
150) Hierher rechnet Goldschmidt die Aufforderungen, z. B. die Aufforderung zur Anwaltsbestellung, die Ladung, die Anzeige der Absicht, das Verfahren fortzusetzen, aber auch Klagverzicht, Klaganerkenntnis und Geständnis.
151) Zu diesen zählt Goldschmidt die Streitverkündung, die Anzeige des Erlöschens einer Vollmacht, die Bestellung eines anderen Anwalts.
152) Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 171 (187), III.
153) siehe oben Seite 40, Anm. 143.

sein soll, ist nicht einzusehen. Der von Rosenberg dafür angegebene Grund, daß die ZPO nicht wie das BGB zahlreiche Normen über Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung, Bedingungen und Zeitbestimmungen, Willensfehler usw. nur für die Rechtsgeschäfte aufgestellt habe, kann nicht durchschlagen. Das Fehlen solcher Normen erklärt sich in der ZPO daraus, daß die Zivilprozeßordnung als das gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch erheblich ältere Gesetz die erst bei Schaffung des BGB hinsichtlich der allgemeinen Lehren gewonnenen Erkenntnisse für sich noch nicht hatte verwerten können. — Der Lehre Rosenberg's ist deshalb insoweit nicht beizutreten.

Rosenberg[154]), Walsmann[155]), Nußbaum[156]), Bülow[157]) und Kleinfeller[158]) sehen im Gegensatz zu den oben Seite 38 ff. Genannten nur die von Kern als prozeßrechtliche Willenserklärungen und von Hellwig als Prozeßführungshandlungen bezeichneten Tathandlungen und Erklärungen als Prozeßhandlungen an. Da dafür ein Grund nicht ersichtlich ist, soll im folgenden als Prozeßhandlung der weitere Begriff, der alle Tathandlungen und Erklärungen von rechtlicher Bedeutung im Prozesse umfaßt, zugrundegelegt werden.

Ist es nun richtig, die Prozeßfähigkeit als notwendige Voraussetzung einer jeden Prozeßhandlung (Prozeßrechtsgeschäfts und Prozeßhandlung im engeren Sinne) zu fordern? Zu Beginn dieser Arbeit war die Prozeßfähigkeit als die Fähigkeit, alle Prozeßhandlungen wirksam vor- und entgegenzunehmen, dargestellt[159]). Dabei waren unter „Prozeßhandlungen" vornehmlich die Prozeßrechtsgeschäfte (Prozeßführungshandlungen) verstanden worden. Die Fähigkeit, auch Prozeßhandlungen im engeren Sinne vorzunehmen, wird als ein Minus im Verhältnis zur weitergehenden Fähigkeit der Vornahme von Prozeßrechtsgeschäften von dieser mit umfaßt. — Gibt es nun aber auch gewisse Prozeßhandlungen (im engeren oder weiteren Sinne), die von jemandem vorgenommen werden können, der nicht die Fähigkeit zur Vornahme einer jeden Prozeßhandlung (im engeren und weiteren Sinne) hat? Geht man mit Kern und Hellwig davon aus, daß alle Tathandlungen und Erklärungen im Prozesse als Prozeßhandlungen anzusehen sind[160]), so wird man diese Frage bejahen müssen. Denn das Gesetz selbst knüpft im § 286 ZPO auch an solche Erklärungen Prozeßunfähiger, unbestreitbar insbesondere an deren Zeugenaussage, Folgen an, indem es die Pflicht des Richters zu deren

154) Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß, Seite 54 ff.
155) Walsmann in ArchZivPrax. Band 102, Seite 17 ff.
156) Nußbaum, die Prozeßhandlungen 1908.
157) Bülow, Geständnisrecht 1899.
158) Kleinfeller, Lehrbuch des ZPR, Seite 175.
159) vergleiche Seite 10 ff.
160) vergleiche Seite 38.

Würdigung statuiert[161]). Anderenfalls wären die Bestimmungen der §§ 373 ff. ZPO, soweit sie die Beeidigung gewisser prozeßunfähiger Personen verbieten, unverständlich. Voraussetzung einer jeden Prozeßhandlung kann demnach die Prozeßfähigkeit nicht sein.

Es liegt nahe, die eben wiedergegebenen Einteilungen der Prozeßhandlungen auch hier zu verwenden und — da die Prozeßfähigkeit der Geschäftsfähigkeit (Willensfähigkeit) des materiellen Rechts entspricht[162]) — für die den Rechtshandlungen des materiellen Rechts entsprechenden Prozeßrechtshandlungen insoweit Prozeßfähigkeit zu fordern, wie dort entsprechend Geschäftsfähigkeit gefordert wird. Dies erscheint in der Tat als der einzig denkbare Weg, diejenigen Prozeßhandlungen, die zu ihrer Wirksamkeit Prozeßfähigkeit voraussetzen, von den anderen begrifflich zu sondern.

Im materiellen Recht ist die Geschäftsfähigkeit Voraussetzung jedes Rechtsgeschäfts[163]) und derjenigen Rechtshandlungen im engeren Sinne, die mit inneren auf einen Rechtserfolg gerichteten Willensmomenten[164]) verknüpft sind[165]). Dies auf das Prozeßrecht angewandt, ergibt: Prozeßfähigkeit ist Voraussetzung einer jeden Prozeßführungshandlung, nicht aber sonstiger Prozeßhandlungen, die nicht auf einen Rechtserfolg gerichtet sind.

Daß die Zeugenaussage unter die letzteren Handlungen fällt, war bereits erwähnt[166]). Sie ist wesentlich nicht auf einen Rechtserfolg gerichtet, sondern eine auf Staatsbürgerpflicht beruhende *Aussage über tatsächliche Vorstellungen des Vernommenen.* Unwesentlich für die Rechtslage ist, ob ein Zeuge gelegentlich den Vorteil der einen oder anderen Partei oder einen bestimmten Prozeßerfolg im Auge haben sollte. Die Zeugenaussage ist eine Mitteilung *kognitiven, nicht volitiven Inhalts.* Daher steht ihre Wahrheit, d. h. ihre Übereinstimmung

161) Über die Verweigerung des Zeugnisses eines Prozeßunfähigen siehe unten Seite 44.

162) vergleiche Seite 10 ff.

163) Von einer besonderen Erwähnung der beschränkten Geschäftsfähigkeit kann hier abgesehen werden, da im Prozeßrecht dieser Begriff keine Rolle spielt (siehe oben Seite 12).

164) d. i. insbesondere der Willensmitteilungen.

165) vergleiche dazu an Lehrbüchern und Kommentaren: *Oertmann*: (Komm. zum BGB, vor § 104, Seite 315). v. *Tuhr* (Komm. z. BGB, Allgem. Teil II, 1, § 48, Seite 105). H. *Lehmann* (Allgem. Teil 1928, §§ 20, 24, 38), *Planck-Flad* (Komm. z. BGB, vor § 104), *Staudinger-Riezler* (Komm. z. BGB, vor § 104), *Enneccerus-Nipperdey* (Lehrb. d. BR, § 194, S. 647 ff.), und E. *Jung* (Bürg. Recht, Seite 499, 563). an Spezialliteratur namentlich *Manigk* (Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte 1901, zum Begriff der Rechtsgeschäfte in DJZ 1902, S. 279 ff. und vor allem Willenserklärung und Willensgeschäft 1907), und *Eltzbacher* (Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürg. Recht, Band 1: Das rechtswirksame Verhalten, 1903).

166) Seite 42 u.

mit der wirklichen Sachlage in Frage, worauf unten einzugehen sein wird.

In der Praxis wird auch die Zeugnisverweigerung eines Prozeßunfähigen meist für wirksam gehalten und damit auch für diese Prozeßfähigkeit nicht vorausgesetzt. Systematisch ist dies jedoch m. E. nicht korrekt. Denn die Zeugnisverweigerung, die dem freien Entschluß des dazu berechtigten Zeugen anheimgegeben und damit zu einem autonomen Prozeßakt gemacht ist, besteht in der Erklärung eines prozeßrechtlich erheblichen Willensentschlusses, die von der ihr entsprechenden Rechtsfolge, nämlich des Erlöschens der Zeugnispflicht (§ 386 Abs. III ZPO), begleitet ist. Man muß sie deshalb m. E. unter die Prozeßrechtsgeschäfte einreihen. Daraus folgt, daß man die Zeugnisverweigerung des Prozeßunfähigen als unwirksam ansehen und dazu kommen muß, daß nur der gesetzliche Vertreter die Verweigerungserklärung wirksam für den Prozeßunfähigen abgeben kann, mag auch das Zeugnisverweigerungsrecht höchstpersönlicher Natur sein. Diese Entscheidung folgt nicht nur aus der Einordnung der Zeugnisverweigerung unter die Rechtsgeschäfte des Prozeßrechts, sie erscheint auch unabhängig davon und für sich betrachtet als richtig und zweckentsprechend.

B. Die Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung.

Im Folgenden wird zu prüfen sein, unter welche Art der Prozeßhandlungen ein tatsächliches Parteivorbringen einzureihen ist, um entscheiden zu können, ob und wann eine prozeßunfähige Partei fähig ist, etwas für die Entscheidung Erhebliches für den Richter verwertbar zu bekunden.

Das Zeugnis als auf Staatsbürgerpflicht beruhende[167]) Aussage über konkrete sinnliche Wahrnehmungen vergangener Tatsachen oder Zustände[168]) ist unbestritten eine Vorstellungsmitteilung. Weil aber im Gegensatz zum Zeugen[169]) die Partei nicht verpflichtet sei, auf den abzuurteilenden Tatbestand betreffende Fragen des Richters wahrheitsgemäß zu beantworten — sie könne sich ja sogar dem Auge des Richters durch Vorschieben eines Vertreters völlig entziehen[170]) — erscheint einem Teil der Literatur eine tatsächliche Bekundung hier kraft der Parteistellung des Vorbringenden in einem von der Zeugenaussage völlig verschiedenen Lichte. Man folgert, bei der Parteibekundung werde das zum Prozeßstoff, was die Partei wolle, nicht aber das, was sie

---

167) vergleiche Seite 43.
168) So Goldschmidt, Lehrb. d. ZPR, § 147, I, 3 (Seite 143).
169) von dem Ausnahmefall des Zeugnisverweigerungsberechtigten, dessen Stellung insoweit eine der der Partei ähnliche ist, weil er dieser regelmäßig nahesteht, abgesehen.
170) vergleiche Wach, Vorträge, Seite 218.

wisse[171]). Die privatrechtliche Natur der Streitsache im Zivilprozeß nötige zum prinzipiellen Verzicht auf die Feststellung der materiellen Wahrheit[172]), die Partei verfüge gewissermassen über den Tatbestand. Die daraus herzuleitende Dispositions- und Verhandlungsmaxime und das Prinzip der formellen Wahrheit bewirken nach dieser Ansicht, daß die tatsächlichen Behauptungen und Erklärungen der Parteien im Prozesse den Charakter von prozeßrechtlichen Willenserklärungen über das, was Urteilsgrundlage werden soll[173]), gewinnen.

Insbesondere nach Wach[174]), Goldschmidt[175]), Foerster-Kann[176]), Wilmowski-Levy[177]) und Koffka[178]) kann die Partei im Gegensatz zum Zeugen nur als handelnder Prozeßführer, nie aber als Auskunftsperson im Prozesse auftreten. Mit ihrem Vorbringen wolle sie lediglich die Absonderung des Streitigen vom Unstreitigen erreichen. Eine Pflicht zur Wahrheit wird abgelehnt[179]). — Von diesem Standpunkt aus ist es nur folgerichtig, wenn Wach und seine Anhänger die Verwertbarkeit jedes Parteivorbringens als Urteilsgrundlage verneinen[180]). Denn wenn das Vorbringen nicht Wissenerklärung sein

171) ähnlich Gaupp-Stein-Jonas, Komm. zur ZPO, Anm. III, 3 vor § 128.

172) So Wach, inArchZivPrax., Band 64, Seite 203/204 und Vorträge, Seite 198/199.

173) So grundsätzlich Stein-Juncker, Grundriß des ZPR, S. 175, anders jedoch innerhalb der Untersuchungsmaxime, vgl. Seite 48.

174) Wach, Vorträge, Seite 109, auch Seite 218.

175) Goldschmidt, Lehrbuch des ZPR, Seite 74.

176) Foerster-Kann, Komm. zur ZPO, zu § 141, Anm. 2e.

177) Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, Nr. 4.

178) Koffka, in JurW 1919, Seite 14 zu Nr. 15.

179) Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses 1914, Seite 35, 42: „Die Zivilpartei sollte rechtlich verpflichtet sein, um der Wahrheit oder Autorität des Richters willen als Zeuge in eigener Sache gegen ihr eigenes Fleisch zu wüten? Wer das behauptet, ermangelt der tieferen Einsicht in das Wesen des Zivilprozesses, ja des Rechts und seines Verhältnisses zur Moral" und Vorträge Seite 149: „Die Feststellung der Wahrheit ist nicht das Ziel des Zivilprozesses und kann es nicht sein. Sie ist nur sein zufälliges Ergebnis", welch letzteres Wort er jedoch in der zweiten Auflage der „Vorträge" 1896, Seite 199 dahin abgeschwächt hat, daß die Feststellung der Wahrheit das „erwünschte, jedoch nicht verbürgte Resultat" des Zivilprozesses sei. — Vgl. dazu Rosenberg, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 57, Seite 256. — Über die Wahrheitspflicht im bisher geltenden sowie im neuen Zivilprozeßrecht siehe auch unten Seite 55 ff.

180) Vergleiche oben Seite 32. Die Schriftsteller, die das tatsächliche Parteivorbringen als prozeßrechtliche Willenserklärung im Gegensatz zur Wissenserklärung ansehen, sind fast ausnahmslos dieselben, die die Verwertbarkeit des tatsächlichen Parteivorbringens als Urteilsgrundlage ablehnen. Soweit sie trotzdem in Anbetracht der ausdrücklichen Vorschrift des § 286 ZPO die Verwertbarkeit zugeben, soll das Vorbringen nur als Inhalt der Verhandlungen als „formell wahr", nie aber als für materiell wahr zu haltende Wissensbekundung mit Beweischarakter ähnlich wie die Zeugenaussage der Würdigung des § 286 ZPO unterfallen.

soll, vielmehr lediglich einen dem Richter zur Aburteilung vorgelegten Komplex von angenommenen Behauptungen darstellt, so ist für eine Würdigung dieser Behauptungen als materiell wahr oder unwahr — wie § 286 ZPO das erfordert — kein Raum.

Auch in dem gerichtlichen Geständnis der Partei erblickt Wach folgerichtig keine Wissenserklärung; er sieht darin einen „Feststellungsakt[184])". Das Geständnis wäre hiernach eine rechtsgeschäftliche Prozeßerklärung, die Behauptung der Gegenpartei als zum unbestrittenen Teil des Prozeßstoffs gehörig rechtswirksam festzustellen.

Hinsichtlich dieser Auffassung der Rechtsnatur des Geständnisses sind Wach besonders Stein[182]), Fitting[183]) und R. Schmidt[184]) beigetreten. — Von einer Verfügungsbefugnis der Parteien über den Tatbestand gehen auch Demelius[185]), Birkmeyer[186]), Gönner[187]) und Sintenis[188]) aus. Nach dem letzteren kann beispielsweise eine Klage „auf den Kaufpreis eines Einhorns" vom Beklagten ihren rechtsbegründenden Tatsachen nach wirksam zugestanden werden.

Eine zweite Ansicht, die besonders von Planck[189]) und

---

181) Wach, Vorträge, Seite 218. — Seine Anschauung über die Rechtsnatur des Geständnisses wird wohl auch als Feststellungswillenstheorie bezeichnet. — Sogar die Erklärung unter Parteieid ist nach Wach — zum mindesten beim zugeschobenen Eide — nicht Wissenserklärung; den zugeschobenen Eid sieht er vielmehr auch als Feststellungsgeschäft an, d. h. als eine Feststellung auf Grund prozessualen Rechtsgeschäft (Wenn du schwörst, will ich die beschworene Tatsache als unanzweifelbar feststehend für diesen Prozeß gelten lassen); vergleiche dazu Wach, Vorträge Seite 220 und Seite 20 Anm. 8 dieser Arbeit.

182) Stein, Das private Wissen des Richters 1893, Seite 91: „Geständnis ist die Willenserklärung, die Tatsache gegen sich gelten zu lassen."

183) Fitting, Der Reichszivilprozeß, 9. Auflage 1898, S. 247.

184) R. Schmidt, Lehrbuch des ZPR, Seite 453: „Das Gesetz gestaltet das gerichtliche Geständnis zu einem Parteidispositionsakt, darauf gerichtet und befähigt, eine Tatsache für die Zwecke des Prozesses eventuell nur vermöge des Parteiwillens festzustellen, mit anderen Worten zum prozessualen Rechtsgeschäft."

185) Demelius, Die Confessio, Seite 406, 407.

186) Birkmeyer, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 7, Seite 188.

187) Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses, Band I, Seite 264.

188) Sintenis, Erläuterungen über die Lehren des ZP, Band I, S. 505, 525.

189) Planck, Lehrbuch des ZPR, Band II, Seite 37 ff., hat diesen Charakter als Wissenserklärung als erster der älteren Rechtslehrer hervorgehoben: „Die Erklärungen der Parteien bieten — abgesehen davon, daß sie Willenserklärungen sind — nicht immer, aber meistens der Betrachtung noch eine zweite Seite dar, nämlich die von Wissenserklärungen, von Offenbarungen dessen, was die erklärende Partei über die Wahrheit der betreffenden Tatsache weiß oder doch zu wissen glaubt. Sache des Gerichts ist es, die Erklärung nach ihrem Beweiswerte zu untersuchen und zu dem Zwecke erforderlichenfalls den Erklärenden durch Fragen zu Äußerungen zu veranlassen, die die Prüfung der Zuverlässigkeit der Parteienmitteilung ermöglichen."

Schultze[190]) vertreten wird, hält das tatsächliche Parteivorbringen für eine Erklärung doppelten Charakters, nämlich für eine prozeßrechtliche Willenserklärung, die mit einer Wissenserklärung (Beweisaussage) verbunden sei. Während Planck jedoch davon ausgeht, daß es als Parteierklärung zunächst Willenserklärung sei[191]), gelangt Schultze zu dieser Erkenntnis der Doppelnatur des Vorbringens auf umgekehrtem Wege. Er hält das Behaupten, Bestreiten und Zugestehen einer Partei grundsätzlich für Vorstellungsmitteilung, Auskunftserteilung, Wissenserklärung. Aber wenn daran ein bestimmter Erfolg geknüpft sei (ZPO § 288) und wenn die Abgabe oder Nichtabgabe vom freien Entschlusse der Partei abhänge, dann sei die Erklärung nicht mehr bloße Vorstellungsmitteilung, sondern darüber hinaus Erklärung einer auf Erfolg gerichteten Absicht, Willenserklärung. So sei zum Beispiel die Behauptung nicht bloß Auskunftserteilung über die behauptete Tatsache, sondern auch Ausdruck des Willens, das Gericht solle die Tatsache zum Bestandteil der Urteilsgrundlage machen[192]).

Auch das gerichtliche Geständnis hat nach dieser Ansicht eine Doppelnatur. Weismann[193]), Hölder[194]) und Kisch[195]) haben dies näher begründet. Auch Bülow[196]) ist hier einzureihen. Denn wenn Bülow auch in erster Linie von dem Geständnis als von einer „Wahrheitserklärung" spricht, so kommt er doch zu dem Ergebnis, daß es zugleich Prozeßhandlung (im Sinne von willensmäßiger Prozeßführungshandlung) sei[197]). Die rechtsgeschäftliche Natur lehnt er allerdings ab, indem er in Konsequenz zu seiner zivilrechtlichen Anschauung das Geständnis als gewollte Aussage über Vergangenes oder Gegenwärtiges dem Rechtsgeschäft als einer „gewollten Sollenserklärung", bestimmt, Künftiges zu gestalten, gegenüberstellt[198]). Insoweit wenden sich Hölder und Kisch gegen ihn.

Planck hebt — wie die meisten der älteren Rechtslehrer und im Anschluß an die gemeinrechtliche Lehre — hinsichtlich des

190) Schultze, in Zeitschrifte für Zivilprozeß, Band 19, Seite 342.
191) Planck, a.a.O., Seite 37.
192) So Schultze, a.a.O., Seite 342.
193) Weismann, Lehrbuch des ZPR, Seite 110, 111.
194) Hölder, in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 28, Seite 389.
195) Kisch, in Göttingische gelehrte Anzeigen 1901, Nr. 3.
196) Bülow, Geständnisrecht 1899, bes. Seite 25 ff.
197) vergleiche Seite 42, Anm. 157 d. Arbeit. Die Terminologie Bülows ist insoweit eine andere als die hier verwandte.
198) So Bülow, a.a.O., Seite 126. Vergleiche dazu auch die Kritik Thons in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Band 27, Seite 366 ff. — Bülow lehnt für das Zivilrecht die Willenstheorie und Vermittlungsversuche ab. Er führt a.a.O., Seite 105 ff. aus, daß das Wollen des Rechtserfolges zum Wesen des Rechtsgeschäfts nicht gehöre. Nur das Wollen, überhaupt ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, sei nötig, nicht dagegen der Erfolgswille.

Geständnisses eine solche Doppelnatur als Willens- und zugleich Wissenserklärung nicht hervor. Insoweit vertritt er im Gegensatz zu seiner sonstigen Auffassung von der Rechtsnatur der Parteierklärungen eine nach ihm als „Verzichtstheorie" bezeichnete Anschauung. Er sieht nämlich im Geständnis eine „durch Verzicht auf die Ausübung des Bestreitungsrechts[199]) bewirkte Disposition über das streitige Recht", also eine reine Willenserklärung und darüber hinaus ein prozessuales Rechtsgeschäft[200]), befindet sich also im Ergebnis hinsichtlich der Rechtsnatur des Geständnisses in Übereinstimmung mit den Anhängern der Feststellungswillenstheorie Wach's. Ihm ist neben Anderen Seuffert[201]) beigetreten. Eine Kombination beider Theorien hat Trutter[202]) vorgenommen und sehr breit ausgesponnen.

Eine dritte Ansicht stellt es darauf ab, ob das tatsächliche Parteivorbringen innerhalb des Geltungsbereichs der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime erfolgt ist. Im ersteren Falle hält man es für eine Prozeßführungshandlung, allenfalls für eine solche verbunden mit einer Vorstellungsmitteilung, im zweiten für eine reine Vorstellungsmitteilung und Beweisaussage ähnlich wie die Bekundung des Zeugen. Dafür, daß es innerhalb des Geltungsbereichs der Verhandlungsmaxime als Prozeßführungshandlung und damit Willensäußerung zu werten ist, werden die gleichen Argumente angeführt, die schon zu den vorstehenden beiden Ansichten wiedergegeben waren[203]). Daß innerhalb des Geltungsbereichs der Untersuchungsmaxime dieser Charakter als Prozeßführungshandlung wegfällt, begründet man damit, daß — soweit die Untersuchungsmaxime herrsche, also insbesondere in Ehe- und Kindschaftssachen — bei der (uneidlichen) Parteiaussage die Quelle und Sicherheit des Wissens wie beim Zeugen erforscht und frei gewertet werde[204]). Innerhalb des Geltungsbereichs der Untersuchungsmaxime nimmt demnach das Gericht nach dieser Ansicht nicht „Behauptungen", die die Partei als Prozeßführer für die Urteilsgrundlage verwertet sehen will, entgegen, sondern die Anhörung der Partei gleicht einer Beweisaufnahme und hat den Charakter einer Vernehmung der Partei als Beweismittels. Als Vertreter dieser Ansicht sind neben Stein-Juncker[205]), Foerster-Kann[206]) und Levin[207]) zu nennen.

199) Die gemeinrechtliche Lehre definiert das Geständnis als durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht; vergleiche insbesondere Wetzell, Lehrbuch des ZPR, § 19, Nr. 1.
200) vergleiche Planck, Lehrbuch des ZPR, Band I, § 62.
201) Seuffert, Komm. zur ZPO, zu § 288.
202) Trutter, Prozessualische Rechtsgeschäfte 1890, Seite 366 ff.
203) insbesondere vergleiche oben Seite 47.
204) 205) vergleiche Stein-Juncker, Grundriß des ZPR, Seite 176.
206) Foerster-Kann, Komm. zur ZPO, zu § 141 ZPO.
207) vergleiche Levin, Richterl. Prozeßleitung, Seite 131 ff.

Das gerichtliche Geständnis ist jedoch auch nach Stein-Juncker immer Willensäußerung und darüber hinaus prozessuales Rechtsgeschäft, nie Wissensäußerung. Das ergebe sich daraus, daß das in Kenntnis der Unwahrheit oder doch ohne Überzeugung von der Wahrheit Gestandene unwiderruflich binde (§ 290 ZPO). Nach geltendem Recht wirke also das Geständnis kraft des Willens, die Tatsache gegen sich gelten zu lassen, nicht infolge des Wissens der Partei und ihres Willens, die Wahrheit zu sagen. Denn sonst müßte wie bei einer Zeugenaussage die erwiesene Unwahrheit allein die Wirkung des Geständnisses beseitigen. Mit dieser Konstruktion stimme auch überein, daß das Geständnis nicht wie der Eid auf das eigne Wissen der Partei beschränkt sei[208]).

Die insbesondere von den österreichischen Rechtslehrern Klein[209]) und Pollak[210]), aber auch von Hellwig[211]), Heinsheimer[212]), Bunsen[213]), Wittmaack[214]) und Schultze[215]) vertretene vierte Ansicht hinsichtlich der Rechtsnatur des tatsächlichen Parteivorbringens hält dieses in jedem Falle nur für eine beweiserhebliche Wissensaussage, nie aber für eine Prozeßführungshandlung, deren Beachtbarkeit durch die prozeßrechtliche Willensfähigkeit des Vorbringenden irgendwie bedingt wäre. Das Prinzip der formellen Wahrheit in dem von Wach gebrauchten Sinne wird nicht anerkannt[216]). Einen prinzipiellen Verzicht auf die Feststellung der materiellen Wahrheit im Zivilprozeß hält man für unverträglich mit dem Zweck und Wesen des Staates, in dessen Namen Recht gesprochen wird, und auch nicht durch die privatrechtliche Natur der Streitsache für gerechtfertigt[217]). Aus der Dispositionsmacht über die subjektiven Privatrechte will man nur die Dispositionsmacht darüber ableiten, ob zur Privatrechtsbefriedigung durch den Zivilprozeß geschritten und ob davon wieder Abstand genommen werden soll, nicht aber haben nach dieser Ansicht die Parteien ein Recht darauf, daß ein anderer als der wahre Sach-

---

208) vergleiche Stein-Juncker, a.a.O., Seite 176.
209) Klein, Schuldhafte Parteihandlung, Seite 16 ff.
210) Pollak, Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses 1893, S. 57 ff.
211) Hellwig, System I, Seite 471.
212) Heinsheimer, in JurW 1926, Seite 812 zu 8.
213) Bunsen, Lehrbuch des ZPR, Seite 349.
214) Wittmaack, in ArchZivPrax Band 88 (Neue Folge Band 38), S. 85.
215) Schultze, in ZZP, Band 19, Seite 345/52.
216) vergleiche insbesondere Bunsen, Lehrbuch des ZPR, Seite 349: „Es gibt nur eine Wahrheit und diese ist die Übereinstimmung der Vorstellung mit der Wirklichkeit“ und ebenda: „Es gibt nicht formelle Wahrheit in dem Sinne, daß der Richter etwas zugrundelegt, was er selbst nicht glaubt ...“
217) vergleiche Wittmack, in ArchZivPrax. Band 88 (Neue Folge Bd. 38), Seite 1 ff.

verhalt dem Urteil zugrundegelegt wird[218]). Eine Disposition über Tatsachen wird auf das schärfste abgelehnt[219]). — Zur Begründung dieser und zur Widerlegung der entgegengesetzten Auffassung im einzelnen wird ausgeführt: Wäre es richtig, daß auch das Tatsachenmaterial wegen der privatrechtlichen Dispositionsmacht notwendig der freien Verfügung der Parteien unterstände, so müßte es dieser folgerichtig ausnahmslos, also auch in Ansehung notorischer und unmöglicher Tatsachen unterstehen, was aber selbst die Gegenansicht nicht behaupte[220]). Die Herrschaft der Parteien über den Tatbestand folge demnach nicht aus dem Privatrecht. Sie folge aber auch nicht aus der Verhandlungsmaxime[221]), denn in dieser sei noch nicht enthalten, daß der Prozeßstoff, dessen Herbeischaffung Sache der Parteien sei, nun auch der Macht des

218) Siehe Pollak, Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses 1893, Seite 78 ff. und Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Seite 18, welch letzterer mit besonderer Lebhaftigkeit ausführt: „Der Kläger hat das Recht, eine Klage zu erheben oder nicht, er hat auch die Wahl, auf was und auf wieviel er sein Begehren richten will, aber er hat kein Recht zu verlangen, daß sein behaupteter Anspruch bloß nach der einen oder nach der anderen Seite hin in rechtliche Prüfung genommen wird, er hat kein Recht darauf, daß ein unvollständiger, d. h. ein anderer als der wahre Sachverhalt dem Urteile zugrundegelegt wird. noch viel weniger haben die Parteien ein Recht auf einen positiv unwahren, fiktiven illusorischen Sachverhalt, auf Hirngespinste, von welchen sie etwa die Entscheidung des Rechtsstreits abhängig machen wollen ...“ und ebenda Seite 19: „... Das ist Irrgang. Die Rechtsprechung ist nicht dazu da, den Launen der Parteien zu fröhnen ... sie ist dazu da, wirkliche Ansprüche zu befriedigen ... Die größten Ungeheuerlichkeiten hätte dieses zur Folge ... Der Richter wäre zuletzt ein Spielball in der Hand der Parteien, eine Figur, welche sich nach Belieben der Parteien drehen und wenden müßte ...“ Vergleiche auch Kohler, in Krit. Vierteljahrsschr. Band III, Seite 473 ff.

219) Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Seite 18: „Über Tatsachen gibt es keine Disposition. Tatsachen sind wahr oder nicht wahr.“

220) vergleiche Pollak, Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses, 1893, Seite 87 ff.

221) Die Verhandlungsmaxime unterscheidet sich von der Dispositionsmaxime nach der herrschenden Terminologie insofern, als unter der ersteren das prozeßrechtliche Prinzip verstanden wird, nach dem nur das der richterlichen Kognition unterliegt, was die Parteien herangeschafft haben, während die Dispositionsmaxime den Grundsatz der Verfügungsbefugnis der Partei über die von ihr behaupteten Rechte bedeutet (vgl. Pollak, a.a.O., Seite 90 ff. und Fr. Klein, Schuldh. Parteihandlung, Seite 125 ff., ähnlich auch Kleinfeller, Gutachten zum 22. Deutschen Juristentag, Seite 102). — Die ältere Wissenschaft ging zwar meist noch weiter und hielt für einen wesentlichen Teil der Verhandlungsmaxime das Prinzip der formellen Wahrheit (vgl. des Näh. Wendt, in ArchZivPrax., Band 63, Seite 267 ff.), also den obenerwähnten, von den Anhängern der hier behandelten Ansicht abgelehnten Grundsatz, daß der Richter einen vorgebrachten und nicht bestrittenen Tatbestand als wahr zu behandeln habe, von dessen Wahrheit er nicht überzeugt ist.

Parteiwillens unterworfen bleibe[222]). Vielmehr sei nicht nur für das österreichische, sondern auch für das deutsche Zivilprozeßrecht wie für alle modernen Rechte eine Pflicht der Parteien zur Wahrheit statuiert, die deren tatsächliche Erklärungen lediglich als Vorstellungsmitteilungen, Wissenserklärungen, nie aber als Erklärungen, bei denen das Willensmoment irgendeine Rolle spiele, erscheinen lasse[223]). — Für diesen Charakter der Erklärungen spricht nach Fr. Klein[224]) weiterhin, daß Zwang, Irrtum, Furcht, Betrug für diese prozeßrechtlichen Erklärungen unerheblich seien. Die Wissenserklärungen forderten eben nicht Kongruenz zwischen Willen und Erklärung, sondern zwischen Wahrheit und Erklärung.

Auch das Geständnis ist nach dieser Ansicht nicht Dispositionsakt, sondern Wissenserklärung, Beweismittel, Zeugnis der Partei in eigener Sache[225]). Dies haben besonders Pollak[226]) Wittmaack[227]) und Hellwig[228]) in eingehenden Abhandlungen ausgeführt. Besonders Hellwig's Ausführungen sind beachtlich. Nach Hellwig wird nämlich diese Auffassung bestätigt durch den § 85 Satz 2 ZPO, wo das Geständnis als tatsächliche Erklärung bezeichnet werde, ferner durch § 290 ZPO („der Wahrheit entsprechend"), aus dem ebenfalls hervorgehe, daß das Gesetz das Geständnis als Wahrheitserklärung auffasse. Mit dieser Auffassung allein harmoniere es auch, daß die Partei, die im Anwaltsprozeß nur tatsächliche Erklärungen abzugeben und keine prozeßrechtlichen Willenserklärungen sonst vorzunehmen vermöge, nicht nur wirksame Geständnisse ablegen könne (namentlich wenn sie neben dem Vertreter zur Aufklärung des Sachverhältnisses nach § 141 ZPO aufgefordert werde), sondern auch befugt sei, Geständnisse des Vertreters alsbald zu widerrufen oder zu berichtigen[229]), ferner der Umstand, daß der Nebenintervenient, der über das streitige Recht nicht verfügen könne, sehr wohl Geständnisse ablegen könne, und endlich, daß die gericht-

222) vergleiche Fr. Klein, Schuldh. Parteihandlung, Seite 125 ff.
223) Vergleiche dazu unten Seite 54, 55.
224) Klein, Franz, Schuldhafte Parteihandlung, Seite 125 ff. — Ihm ist aber wohl insoweit entgegenzuhalten, daß Irrtum, Zwang, Betrug auch bei den unbestritten echten Prozeßführungshandlungen, gerade auch bei den Prozeßrechtsgeschäften, unerheblich sind. Es liegt das also in der Natur aller prozeßrechtlicher Erklärungen, nicht aber in der der Wissenserklärung allein begündet.
225) vergleiche Petersen, in Sächs. Arch. 1894, Seite 146.
226) Pollak, Das gerichtliche Geständnis des Zivilprozesses, 1893.
227) Wittmaack, Das gerichtliche Geständnis, in Arch. f. ziv. Prax., Band 88 (Neue Folge Band 38), Seite 1 ff.
228) Hellwig, System des ZPR, Band I, Seite 473.
229) Hellwig, System des ZPR, Band I, Seite 473: „Berichtigen kann man nur, was falsch, der Wahrheit nicht entsprechend ist".

lichen Geständnisse von Vertretern schlechthin wirksam seien (§ 54 ZPO) und nur gemäß § 290 ZPO unwirksam zu machen seien[230]).

Eine besondere, einerseits der Planck'schen, andererseits aber auch der Wach'schen Auffassung nahekommende Ansicht vertritt Schneider[231]). Nach ihm erscheinen die Vorträge und Vorlagen der Parteien infolge der Verhandlungsmaxime zunächst in der rechtlichen Bedeutung von Willenserklärungen, vermöge deren sie über den Streitgegenstand disponieren[232]). Daß eine Willenserklärung bei absichtlicher Entstellung des ursprünglichen Sachverhalts vorliege, sei nicht zu verkennen, z. B. wenn Kläger dem eigentlichen Tatbestande einer Bürgschaft die Behauptung, sie sei eine selbstschuldnerische, hinzusetze: Er wolle dann, daß dies ein Tatbestandselement werde, und dringe damit durch, wenn der Gegner sich nicht wehre[232]).

Planck[233]) lehrt bei der Besprechung des engeren Begriffes des Geständnisses die Unterscheidung eines Willens- und eines Wissensgeständnisses. Dies könne auf den umfassenderen Begriff der tatsächlichen Parteierklärung übertragen werden. Wann ein Willens- und wann ein Wissensgeständnis vorliege, lasse sich aber nur von Fall zu Fall bestimmen. Regelmäßig könne man sagen, daß Behauptungen über rechtswirkende Tatsachen Willensgeständnisse seien. In den Mitteilungen über begleitende Umstände habe man dagegen der Regel nach ein Wissengeständnis zu finden. Durchaus verkehrt sei es aber, bei Antworten der Parteien auf richterliche Fragen immer nur Wissensgeständnisse anzunehmen. Es sei nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch dann Willenserklärungen abgeben sollten, wenn sie von den Fragen in die Enge getrieben ausriefen: „Nun, dann will ich es zugeben[234]). — Hauptbeispiele der Wissensgeständnisse sind nach Schneider alle Erklärungen solcher Parteien, die nicht „prozeßhandlungsfähig" sind, also keine Willenserklärungen abgeben, keine Verfügungen treffen können. Immer aber seien Geständnisse über tatsächlich oder rechtlich Unmögliches (auch entgegen gerichtskundigen Tatsachen) als Wissenserklärungen nach dem Gesagten von vornherein wertlos. Das Zugeben unmöglicher Tatsachen sei jedoch als Willens-

230) Hierzu vergleiche Hellwig, System des ZPR, Band I, Seite 473.
231) Schneider, Über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts 1888, Seite 56 ff. und Seite 130 ff.
232) Schneider, a.a.O., Seite 56, führt aus, man habe sich dies etwa so zu vergegenwärtigen: Ich, Kläger will, daß a und b und c — einerlei, ob sie mit dem ursprünglichen Sachverhalte stimmen oder nur meiner Ansicht nach stimmen oder überhaupt nicht stimmen — vom Gerichte zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht werden; ich will unternehmen, das Vorhandensein von a und b und c nachzuweisen und meine Behauptungen dem Gegner gegenüber durchzudrücken.
233) Planck, Lehrbuch des ZPR, Seite 317 und Seite 329 Anm. 27.
234) vergleiche außer Schneider, a.a.O., Seite 56 ff. auch Demelius, Die Confessio, Seite 393.

geständnis für rechtswirksam zu halten, wenn ihm nur nicht die rechtliche Schlüssigkeit abgehe[235]). Ebenso stehe es mit den gerichtskundigen Tatsachen. Sie seien amtlich bekannte Bestandteile des ursprünglichen Sachverhalts und deshalb über das Bestreiten einer Partei zweifellos erhaben. Nur kraft der gemeinsamen Verfügungsbefugnis der Parteien über den Tatbestand soll auch dieses Geständnis als Willensgeständnis die Notorietät überwinden[236]).

Bei der Würdigung aller dieser Ansichten wird man sich zunächst dahin entscheiden müssen, daß jedes tatsächliche Parteivorbringen — auch das Geständnis — immer eine Wissenserklärung, eine Vorstellungsmitteilung enthält. Dies tritt klar hervor, wenn man auf die verschiedenen Arten von Denk- und Aussageakten, wie sie besonders H. Maier in seiner grundlegenden Schrift: „Die Psychologie des emotionalen Denkens[237])" entwickelt und einander gegenübergestellt hat, zurückgeht. Maier unterscheidet, was hier vor allem wichtig ist, Wahrnehmungsurteile und Begehrungsvorstellungen. Die ersteren bezeichnet er zusammen mit den Erinnerungsvorstellungen und den reproduzierenden Phantasievorstellungen als kognitive, die letzteren als in der Hauptsache volitive (emotionale) Vorstellungen, zu denen allerdings meist ein kognitives Element, nämlich die Vorstellung des als wirklich sein sollend begehrten Zustandes, als Substratbestandteil hinzutritt[238]). Die Mitteilung der erstgenannten Vorstellungen ist dementsprechend kognitive, die Mitteilung der letztgenannten im Kern volitive Aussage.

Nur kognitive Aussagen können danach „wahr"[239]) oder „unwahr" sein, denn nur sie geben Wahrnehmungen in der Vergangenheit oder Gegenwart, also etwas bei richtiger Beurteilung Wirkliches, wieder[240]). Bei den volitiven Aussagen dagegen, die sich auf etwas Begehrtes, also Zukünftiges, Seinsollendes, richten,

---

235) 236) Insoweit decken sich die Gedankengänge Schneiders mit der Ansicht Wach's (ArchZivPrax, Band 64, Seite 253), Sintenis (Erläuterungen über die Lehren des Zivilprozesses, Band I, Seite 505, 525), Gönner's (Handbuch des gemeinen Prozesses, Band I, Seite 264), Birkmeyer's (in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 7, Seite 188) und Demelius (a.a.O., Seite 406); vergleiche auch oben Seite 46.

237) H. Maier, Die Psychologie des emotionalen Denkens, Tübingen 1908.

238) H. Maier, a.a.O., Seite 585.

239) Wahrheit ist die Übereinstimmung der Vorstellung mit der Wirklichkeit (H. Maier, a.a.O., Seite 3 und Andere).

240) Es wird zwar gelehrt, daß Wahrnehmungen, Erinnerungsbilder oder Phantasievorstellungen an und für sich weder wahr noch falsch sein könnten. Vorstellungen würden wahr oder falsch erst dadurch, daß eine ganz anders geartete psychische Tätigkeit, die Beurteilung, zu ihnen hinzutrete. (H. Maier, a.a.O., Seite 1, aber auch Seite 146).

kann von ihrer Wahrheit oder Unwahrheit nicht gesprochen werden[241]).

Reiht man das tatsächliche Parteivorbringen in diese Systematik ein, so ergibt sich, wie schon Seite 43 festgestellt wurde, daß es für sich genommen eine kognitive Aussage ist. Denn das Vorbringen ist, auch wenn es im Prozeß und von der Partei abgegeben wird — unabhängig davon, welchen weiteren Begehrungen der Partei es dient —, die Mitteilung eines dem Erklärenden vorschwebenden vergangenen oder gegenwärtigen Zustandes oder Ereignisses. Schon nach der psychischen Wirklichkeit kann eine tatsächliche Parteibehauptung etwa dahin: „Ich habe dem Beklagten ein Darlehen von ℳ 500.— gegeben, der Beklagte hat dieses Darlehen trotz Kündigung nicht zurückgezahlt" ohne Rücksicht auf ihre Wahrheit oder Unwahrheit nur als kognitive, nicht aber als volitive Aussage angesehen werden.

Daß mit der tatsächlichen Parteierklärung kognitive und nicht volitive Sätze vor den Richter gebracht werden, wird auch in den Normen der ZPO, insbesondere in dem Grundsatz des § 286 ZPO sowie in den von Hellwig[242]) ins Feld geführten §§ 85 Satz 2, 290 ZPO offenbar vorausgesetzt. In allen diesen Bestimmungen ist von der Wahrheit eines Parteivorbringens die Rede.

Wenn sich ferner der Richter über die Wahrheit des Parteivorbringens eine Überzeugung bilden soll (§ 286 ZPO), so ist Vorbedingung, daß überhaupt Wahrheitserklärungen, richtiger: Vorstellungsmitteilungen über Wahrnehmungen[243]), von den Parteien abzugeben sind. Über die Wahrheit willensmäßiger Erklärungen kann sich nach dem oben Gesagten niemand eine Überzeugung bilden.

Gegenüber diesen Bestimmungen der ZPO, insbesondere dem § 286, ist der Ausspruch Bähr's: „Nun gibt es aber einige Juristen, die sich einbilden, der Richter habe stets von der Wahrheit oder Unwahrheit der vor ihn gebrachten Behauptungen sich eine Überzeugung zu verschaffen[244])" mit der im Zusammenhang mit diesem Ausspruch vertretenen Auffassung von der Rechtsnatur der tatsächlichen Parteibekundung als willensmäßiger Erklärung völlig abwegig. Diese Auffassung — und damit die Ansicht auch Wach's

241) Schon Aristoteles (de interpr. 4. 17a 2 ff., poët. 19. 1456b 8 ff.) hat aus den von ihm unterschiedenen mehreren Arten von Sätzen den „Behauptungs- oder Aussagesatz" hervorgehoben und als den Satz bezeichnet, auf den die für den Logiker entscheidenden Merkmale der Wahrheit oder Falschheit allein Anwendung finden können. — Vergleiche dazu H. Maier, a.a.O., Seite 9.

242) Siehe oben Seite 51.

243) Die Ausdrücke „Wahrheitserklärung" oder „Tatsachenbehauptung" sind deshalb nicht korrekt, weil ja nicht die reale Wirklichkeit, sondern immer nur die Vorstellung des Erklärenden von ihr mitgeteilt wird. Vergl. schon Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Seite 701.

244) Bähr, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 19, Seite 100.

und der übrigen auf Seite 45 aufgeführten Schriftsteller — mag im gemeinrechtlichen Prozesse allgemein als richtig gegolten haben. Für das geltende Recht ist eine solche an überkommenen Rechtsbegriffen festhaltende weder der Wirklichkeit noch dem Gesetz gerecht werdende Anschauung abzulehnen. — Dabei ist gleichgültig, ob eine Wahrheitspflicht als Rechtspflicht schon für die bisher geltende deutsche ZPO anerkannt wird oder nicht[245]). Denn selbst wenn für das bisher geltende Recht eine Wahrheitspflicht nicht bestanden hätte, so bliebe doch schon wegen des § 286 ZPO unbestreitbar, daß die Wahrheit der abgegebenen tatsächlichen Parteierklärungen für ihre Bewertung erheblich ist, diese somit kognitive Aussagen sein müssen. Daß im Prozeß tatsächlich gelogen wird und vielleicht sogar ungestraft und darüber hinaus ohne Verletzung einer Rechtspflicht gelogen wird, kann diesen grundsätzlichen Charakter der Erklärung niemals ändern. Auf den für die Zukunft ohnehin erledigten Streit über das Bestehen einer Wahrheitspflicht für das bisher geltende deutsche Zivilprozeßrecht braucht darum des näheren hier nicht eingegangen zu werden[246]).

Auch dem Geständnis ist dieser Charakter als kognitiver Aussage nicht abzusprechen. Seine Gestaltung in der ZPO mag zwar einen Rückschritt zum gemeinen und französischen Prozeß bedeuten insofern, als nach § 290 ZPO der Widerruf des gerichtlichen Geständnisses auf dessen Wirksamkeit nicht schon bei Beweis der Unwahrheit Einfluß hat, vielmehr der Nachweis, daß es durch einen Irrtum veranlaßt ist, hinzukommen muß, um seine Wirkungen

---

245) In der ab 1. Januar 1934 ab geltenden Fassung der ZPO ist diese Pflicht im § 138 ausdrücklich ausgesprochen (Gesetz vom 27. Okt. 1933) Vgl. auch unten Seite 57, 58.

246) Die Literatur über diese wissenschaftliche Streitfrage ist umfangreich, da in der deutschen ZPO eine dem § 178 der österreichischen ZPO entsprechende Vorschrift, die eine Pflicht der Parteien zur Wahrheit ausdrücklich statuiert, bisher nicht enthalten war.

Ein Teil der Autoren hat aus den Vorschriften der §§ 136—139, 141, 444, 502 ZPO diese Wahrheitspflicht der Parteien als immanenten systematischen Bestandteil der deutschen ZPO abgeleitet. Für diese Ansicht sind Hellwig (Lehrb. d. ZPR., Band 2, Seite 42 ff., System Band 1, Seite 402 ff. und in DJZ 1909, Seite 137 ff.), Binding (in DJZ 1909, Seite 161 ff), Ihering (Der Kampf um's Recht, Seite 78—80, 86, 89, 90). Weismann (Lehrb. d. ZPR, Band I, Seite 346), Görres (Über Verschulden im Zivilprozesse, in Zeitschr. f. Zivilprozeß, Band 34, Seite 7, 36 ff.), Wurzer (in Zeitschrift f. Zivilprozeß, Bd. 48, Seite 403 ff.). Degenkolb (Beitr. zur ZPO, 05, Seite 61), Fürst (in JurW. 1913, Seite 825 ff.), und von österreichischen Rechtslehrern: Klein, Franz (Schuldhafte Parteihandlung, Seite 127 ff.), Pollak (Geständnis, Seite 93 ff., von dem zwar nicht Rechtspflicht, aber Nötigung zur Wahrheit (Nötigungstheorie) angenommen wird und Kleinfeller (Lehrbuch d. ZPR, Seite 203 I) zu nennen. Die Ansicht, daß eine Pflicht der Parteien zur Wahrheit bisher nicht, zum mindesten nicht als Rechtspflicht bestanden habe, wird dagegen von Rosenberg (Lehrb. d. ZPR, Seite 171 und in ZZP, Band 57 Seite 255), Wach,

zu beseitigen, wie Wittmaack[247]) ausführt. Das Geständnis als solches ist aber nach der psychischen Wirklichkeit ebenso wie die Behauptung als Aussagesatz die Mitteilung vorgestellter Zustände oder Ereignisse, nicht eines Begehrens. Es ist also wie die Behauptung Wissenserklärung, was auch die Normen der ZPO (§ 290 ZPO) durch Erheblicherklärung der Wahrheit wie bei dieser voraussetzen[248]).

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß auch die Ansicht, die in dem tatsächlichen Parteivorbringen eine Art Doppelerklärung, nämlich eine willensmäßige und wissensmäßige Erklärung, sieht, nicht gebilligt werden kann. Es mag der Gegenansicht zwar zugegeben werden, daß das Vorbringen von Behauptungen und ebenso das Zugestehen zur Führung eines Rechtsstreits gehört und daß beide Arten der Parteierklärung den bestimmten Zweck der Berücksichtigung durch den Richter im Sinne einer Förderung des Prozesses verfolgen. Dieses auf Gewinn (oder auch auf Verlust) des Prozesses gerichtete Begehren ist aber lediglich das Motiv der Mitteilung, nicht ihr Inhalt[249]). Es kommt in der Erklärung der Partei selbst nicht zum Ausdruck. Der Begriff des Rechtsgeschäfts wie der der Willenserklärung erfordert aber, daß nach dem Gesetz dem in ihrem Tatbestand erklärten Rechtsfolgewillen entsprechende Wirkungen vorgesehen sind. Das ist bei diesen tatsächlichen Erklärungen, die in der Regel eigene Wahrnehmungen über tatsächlich Vergangenes betreffen, niemals der Fall, und zwar bei dem gerichtlichen Geständnis ebensowenig wie bei der Behauptung[250]), auch dann nicht, wenn man etwa formuliert: „Ich will behaupten, ich will zugeben[251]), denn hier ist ja nur der unmittelbare Wille zur Handlung, nicht der Wille zu einem weiteren Erfolg der Handlung gemeint.

Grundfragen und Reform d. Zivilprozesses S. 35, 42, (Vortr. S. 218 ff. u. in Grünhuts Zeitschr. Bd. 6, S. 547), Goldschmidt (Proz. als Rechtslage, S. 125 ff.), R. Schmidt (Lehrb. d. ZPR, S. 427 und in DJZ 1909, Seite 39 ff.), Gaupp-Stein-Jonas (Komm. zur ZPO, vor § 128, IV, 3), Rud. Schultz (Rechtsgang I, Seite 369 ff. und 424 ff.), Grünhut (in Rhein. Zeitschr., Band 13, Seite 131 ff.), Haber (in Leipz. Zeitschr. 1914, Seite 705) und Michel (Der strafbare Betrug im Zivilprozeß, Seite 1 ff.) vertreten. Siehe auch die Literaturangaben im RGZ, Band 95, Seite 313. — M. E. ist schon de lege lata der ersteren Ansicht beizutreten. Denn — wie hier nicht näher ausgeführt werden kann — ist Begehung des sogen. Prozeßbetruges möglich (äußerst bestritten!) und somit Rechtsfolgen an die bewußte Verletzung der Wahrheit zumindest in allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten geknüpft.

247) Wittmaack, in ArchZivPrax. Band 88 (Neue Folge 38), Seite 1 ff.

248) vergleiche Seite 54, 55.

249) vgl. auch Bülow (Geständnisrecht, Seite 185, 186), der die tatsächliche Parteierklärung treffend als „gewollte Wahrheitserklärung" bezeichnet.

250) gleich, ob man es auf den Wirkungswillen oder nur auf den Erklärungswillen abstellt. — vgl. Bülow, Geständnisrecht, Seite 172 ff.

251) Siehe oben Seite 52, 53. — vgl. auch Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 364, der den Begriff der „Wollenserklärung" geprägt hat.

Der Feststellungstheorie Wach's und der Verzichtstheorie Planck's ist nicht beizutreten, denn ein Feststellungswille wie ein Verzichtswille ist zwar möglich, aber rechtlich nicht wesentlich. Die Beweggründe, die zu einem rechtlichen Akt führen, sind im Prozeßrecht grundsätzlich ebensowenig erheblich wie im Zivilrecht. Ob die Partei durch ihre Behauptung oder ihr Geständnis einen Umstand in den Prozeß- und Urteilsstoff bindend einführen will, ist für die prozeßgesetzliche Wirkung jener Akte gleichgültig. Ein auf sie gerichteter Rechtsfolgewillen der Partei ist unwesentlich. Daher ist der Akt kein prozeßrechtliches Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung und zwar eine Vorstellungsmitteilung.

Dieser dem Zeugnis gleiche Charakter der tatsächlichen Parteibekundung als einer Vorstellungsmitteilung entspricht auch allein dem Sinn und Zweck des Zivilprozeßrechts: Der Staat will den Rechtsschutz nur dem wirklich Berechtigten gewähren, keinesfalls aber seine Richter über einen fiktiven Tatbestand entscheiden lassen[252]).

Auch gerade die heute zur Reform des Zivilprozesses vorgebrachten, z. T. schon lex lata gewordenen Forderungen zielen dahin, das Verfahren vom Willen der Parteien unabhängiger zu stellen und die Prozeßlüge zu bekämpfen[253]). Dem § 138 ZPO wird nach der Novelle vom 27. Oktober 1933 eine bedeutsame Bestimmung vorangestellt:

„Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben."

Der § 533 der Novelle[254]) dient ebenfalls der Bekämpfung der Prozeßlüge, indem durch ihn der Gefahr vorgebeugt wird, daß die Partei, die in erster Instanz ihre Aussage wegen nachteiligen Wissens verweigert hat, nunmehr vor dem Berufungsgericht besserem Wissen zuwider und unter Hintansetzung der früheren Gewissensbedenken für sich günstig aussagt, um im Prozesse obzusiegen.

---

252) vgl. auch Freysoldt, a.a.O., Seite 14 ff.

253) dazu Volkmar, in JurW. 1933, Seite 2429, zum § 138 Abs. I der Novelle vom 27. Oktober 1933, die mit dem 1. Januar 1934 in Kraft tritt.

254) § 533 der Novelle lautet:
„Das Berufungsgericht darf die Vernehmung oder Beeidigung einer Partei, die in erster Instanz die Vernehmung abgelehnt oder die Aussage oder den Eid verweigert hatte, nur anordnen, wenn es der Überzeugung ist, daß die Partei zu der Ablehnung oder Weigerung genügende Gründe hatte und diese Gründe seitdem fortgefallen sind.
War eine Partei in erster Instanz vernommen und auf ihre Aussage beeidigt, so darf das Berufungsgericht die eidliche Vernehmung des Gegners nur anordnen, wenn die in erster Instanz erfolgte Vernehmung oder Beeidigung unzulässig war."

Eine Klage auf „den Kaufpreis eines Einhorns“ war schon nach früher geltender Auffassung auch bei Zugestehen der Klagbehauptungen durch den Beklagten abzuweisen. Das „Geständnis“ hatte also nicht einmal stets die ihm von der Gegenmeinung beigelegten Wirkungen. Die Verhandlungsmaxime und das Prinzip der formellen Wahrheit gingen auch bisher nicht soweit, daß die Wahrheit des Vorgebrachten unerheblich ist; sie überheben nur den Richter der Anordnung einer besonderen Beweisaufnahme, weil die Übereinstimmung der streitenden Parteien insoweit als hinreichender Beweis für die materielle Richtigkeit gelten kann. Denn in der Regel kann angenommen werden, daß Unbestrittenes der (materiellen) Wahrheit entspricht. Lediglich diese Norm, die man vielleicht richtiger in die Form einer Vermutung gekleidet hätte, spricht der § 288 ZPO aus. Die von einem Teil der Schriftsteller behauptete Herrschaft der Parteien über den Tatbestand ist mit diesem Sinn der Norm unvereinbar, weil die Richtigkeit einer offenbar unwahren Tatsache auch bei Zugestehen durch den Gegner niemals zu vermuten ist.

Man kann nach dem oben Gesagten auch nicht unterscheiden zwischen Behauptungen über rechtswirkende Tatsachen und über begleitende Umstände in der Weise, daß man die ersteren in Bezug auf das Erfordernis der Willensfähigkeit anders als die letzteren behandelt oder etwa nur die letzteren überhaupt für wissensmäßige Erklärungen hält[255]). Beides Vorbringen muß vielmehr als lediglich kognitive Aussage, Vorstellungsmitteilung, behandelt werden[256]).

Endlich ist außer aus den oben aufgeführten Gründen eine Doppelnatur der tatsächlichen Parteierklärung als Wissens- und Willenserklärung schon aus logischen Erwägungen deshalb abzulehnen, weil die Mitteilung eines Begehrens und die einer Wahrnehmung auch bei zeitlich noch so rascher Aufeinanderfolge immer verschiedene Erklärungsakte voraussetzt[257]).

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die tatsächliche Parteierklärung, und zwar die Behauptung und das Geständnis, keine prozeßrechtliche Willenserklärung ist. Durch Rechtsgeschäftsnatur der tatsächlichen Parteierklärung ist also die Unfähigkeit der prozeßunfähigen Partei zu einer solchen Erklärung nicht bedingt.

255) So Schneider, a.a.O., Seite 56.
256) Für übereinstimmende Behandlung und gegen Natur als willensmäßiges Geltendmachen auch Heinsheimer, in JurW. 1926, Seite 812 zu 8, siehe auch Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 170 und in Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 49, Seite 59 ff.
257) So Fr. Klein, Schuldh. Parteihandlung, Seite 21, 23, der auch auf Sigwart, Logik I, Seite 17 und 209, und auf Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Seite 218, verweist.

C. Rechtsgeschäftliche Parteirolle und § 141 ZPO (Verhandlungsmaxime — Untersuchungsmaxime).

Ein erhebliches Bedenken gegen die Fähigkeit der prozeßunfähigen Partei zu tatsächlichem Vorbringen ergibt sich jedoch aus dem Umstand, daß eine Partei im Prozeß grundsätzlich in rechtsgeschäftlicher Parteirolle auftritt. Lediglich innerhalb des Geltungsbereichs der Untersuchungsmaxime tritt dieser Charakter der Partei als des Prozeßführers zurück. Innerhalb des Geltungsbereichs der Verhandlungsmaxime dagegen dienen die von der Partei zur Begründung des Klagantrages oder Klagabweisungsantrages vorgebrachten Tatsachen ebenso wie die Anträge selbst der Führung des Prozesses[258]). Dies hat zwar, wie oben gezeigt wurde[259]), auf die Natur der Erklärung als einer Vorstellungsmitteilung keinen Einfluß. Für die in rechtsgeschäftlicher Parteirolle im Prozeß abgegebene Behauptung muß aber zu ihrer Wirksamkeit Prozeßfähigkeit erfordert werden, ebenso wie etwa im Zivilrecht eine als Zusicherung beim Kauf abgegebene Erklärung dahin, daß ein Pferd zugfest sei, trotz ihrer Natur als reiner Vorstellungsmitteilung zu ihrer Wirksamkeit der Geschäftsfähigkeit des Verkäufers bedarf. Der Grund für dieses Erfordernis ist in dem engen Zusammenhang der vorliegenden Vorstellungsmitteilung mit der zugrunde liegenden, in der Klage beruhenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung[260]) zu suchen, wie für das Zivilrecht besonders Manigk[261]) ausführt. Ebensowenig wie es hier angeht, daß etwa ein Geschäftsunfähiger eine Zusicherung beim Kauf wirksam abgibt, geht es im Prozeßrecht an, daß ein Prozeßunfähiger im Prozeß wirksam Behauptungen aufstellt oder gar den gesetzlichen Vertreter bindende Geständnisse ablegt. Auch diese Vorstellungsmitteilungen hängen zu sehr mit dem Prozeß als rechtsgestaltendem, also rechtsgeschäftlichen Akt zusammen, als daß die Voraussetzungen für ihre Gültigkeit anders als für die Gültigkeit dieses beurteilt werden könnten. Auch die prozeßrechtliche Selbstbestimmung des Menschen hängt von seiner Einsicht und Reife ab. Der Prozeßunfähige muß aus denselben Gründen wie der Geschäftsunfähige vor rechtlichem Nachteil nach Möglichkeit geschützt werden. Darauf beruht das Wesen des Rechtsgeschäfts als allgemeinen Instituts des Rechts.

Zu selbständigem Vorbringen in rechtsgeschäftlicher Parteirolle, d. i. innerhalb des Geltungsbereichs der Verhandlungsmaxime, ist somit die prozeßunfähige Partei nicht imstande. Sie kann ihre

---

258) Das dem Richter eingeräumte Fragerecht dient lediglich Zweckmäßigkeitsgründen, nämlich dazu, die in Rechtssachen unerfahrene Partei vor den Nachteilen unschlüssigen Vorbringens zu schützen.
259) Seite 56.
260) bürgerlich-rechtlicher oder prozeßrechtlicher Art.
261) vergleiche Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft Seite 711.

Wahrnehmungen lediglich dort bekunden, wo die Partei nicht als Prozeßführer auftritt, sondern als Auskunftsperson vom Gericht vernommen wird, d. i. innerhalb des Geltungsbereichs der Untersuchungsmaxime.

Von Hellwig wird die Verwertbarkeit des Wissens der prozeßunfähigen Partei über den § 141 Abs. I ZPO behauptet[262]). Es ist deshalb im folgenden zu untersuchen, ob der § 141 ZPO — eine andere Bestimmung kommt nicht in Betracht — geeignet ist, die Rechtsgrundlage für eine Vernehmung der Partei als Auskunftsperson abzugeben. Dabei werden z. T. die oben bereits erörterten Probleme wieder eine Rolle spielen.

Die Ansicht, die eine Vernehmungsmöglichkeit der Partei im Wege über § 141 ZPO und damit den Beweischarakter einer solchen Anordnung des persönlichen Erscheinens ablehnt, wird naturgemäß insbesondere von den Autoren vertreten, die eine Parteihandlung nur als Prozeßführungshandlung[263]), nie aber als reine Beweisaussage, bei der der Charakter der Partei als des Prozeßsubjekts zurücktritt, ansehen und die für den Zivilprozeß — soweit nicht gerade Ehe- und Kindschaftssachen dessen Gegenstand bilden — eine Erforschung der materiellen Wahrheit durch den Richter überhaupt für unzulässig halten.

So führt Goldschmidt[264]) aus, daß jede im Wege über § 141 Abs. I ZPO von einer Partei gemachte tatsächliche Angabe als eine „Behauptung" und nicht als Beweisaussage anzusehen sei. Die Erscheinenspflicht treffe die Partei immer als Prozeßsubjekt, aber nie als Beweismittel. Sie habe allein den Zweck, der Partei Gelegenheit zu geben, sich ihrer Behauptungs- und Erklärungslast zu entledigen[264]). Für diese Ansicht wird neben dem schon oben[265]) hervorgehobenen Argument Wach's, die Partei könne sich jederzeit — also auch im Falle einer Ladung nach § 141 Abs. I ZPO — dem Auge des Richters durch Vorschieben eines Vertreters entziehen, der innerliche Zusammenhang der Vorschrift des § 141 ZPO mit dem § 139 ZPO angeführt[266]). Da § 139 ZPO unbestrittenermaßen nicht dazu verwandt werden darf, die Quelle des Wissens der Partei ähnlich wie beim Zeugen zu erforschen, ist man geneigt, auch innerhalb des Geltungsbereichs des dem § 139 im System der ZPO gleichgestellten § 141 eine solche Befragung der Partei lediglich zu Beweiszwecken abzulehnen. Von

262) vergleiche Seite 29 ff. dieser Arbeit.
263) Siehe oben Seite 45, 46.
264) J. Goldschmidt, Lehrbuch des ZPR, Seite 74.
265) vergleiche Seite 44, Wach, Vorträge, Seite 218.
266) vergleiche Goldschmidt, a.a.O., Seite 74.

anderen Schriftstellern ist insbesondere Lent[267]) dieser Ansicht mit der gleichen Begründung beigetreten, auch Wilmowski-Levy[268]) ist hier zu nennen.

Von einem anderen Standpunkt aus will Kleinfeller[269]) den Unterschied zwischen der Parteienvernehmung zu Beweiszwecken, wie ihn die österreichische Zivilprozeßordnung kennt, und der persönlichen Anhörung der Partei nach § 141 Abs. I ZPO aufrechterhalten wissen. Die Anhörung bezweckt auch nach ihm nicht Beweis, sondern Aufklärung darüber, was die Parteien behaupten. Der hierbei gewonnene Eindruck könne allerdings auch die Würdigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen beeinflussen. Aber letzteres sei nicht Ziel der Anhörung. Bei dieser frage der Richter: „Was wird behauptet?" Die Behauptung könne durch die Art und den Zusammenhang einen so glaubwürdigen oder unglaubwürdigen Eindruck machen, daß die Erhebung eines Beweises überflüssig sei. Dagegen frage der Richter bei dem Beweis durch Vernehmung der Parteien: „Was ist wahr?" [270]). Den § 141 ZPO sieht Kleinfeller folgerichtig als in den Bereich der Verhandlungsmaxime fallend an.

Foerster-Kann[271]), Stein-Juncker[272])

267) Lent, in Zeitschr. f. Zivilprozeßrecht Band 52, Seite 21 ff.: „Das persönliche Erscheinen der Partei und ihre Vernehmung nach § 141 ZPO ersetzt durchaus nicht die Vernehmung als Zeuge, denn sie hat nur den Zweck der Feststellung, welche Behauptungen die Partei aufstellen will, ist zur Aufklärung bestimmt, wenn sich Widersprüche ergeben zwischen den Behauptungen in Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung oder Unklarheiten und Ungenauigkeiten in den Behauptungen. Der behauptete Sachverhalt soll festgelegt werden, damit die Urteilsgrundlage, der Prozeßstoff feststeht, der Gegner sich erklären, das Gericht über die Beweisaufnahme sich klar werden kann. Dagegen hat die Vernehmung der Partei keinerlei Beweiszweck. Das geht deutlich hervor aus der Stellung des § 141 ganz außerhalb des Beweisverfahrens — wie denn auch die Anordnung des Erscheinens kein Beweisbeschluß ist —, aus dem Zusammenhang mit § 139, der die Aufklärungspflicht des Gerichts regelt. Mit dem Beweiszweck unvereinbar ist auch der Ersatz der Partei durch einen Vertreter, der zur Aufklärung in der Lage ist, aber nicht als Zeuge vernommen werden darf. Vor allem bezeichnet der Ausdruck „Aufklärung des Sachverhältnisses", wie auch ein Vergleich mit § 139 ergibt, nie Beweisführung, Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer Behauptung, sondern nur Feststellung einer Behauptung ..."

268) Wilmowski-Levy, Komm. zur ZPO, zu § 141, Anm. 4: „Das Erscheinen kann zur Aufklärung des Sachverhältnisses nur im Sinne der Verhandlungsmaxime verlangt werden, also nur zur Klarstellung dessen, was die Partei durch ihren Bevollmächtigten vortragen lassen will, nicht zur Erforschung materieller Wahrheit ..." und in Konsequenz dazu ebenda in Anm. 2: ... „Nur gegen die Partei anwendbar, die über den Prozeß zu verfügen und gegebenenfalls zu schwören hat ..."

269) Kleinfeller, Lehrbuch des ZPR, Seite 195.

270) Kleinfeller, Lehrbuch des ZPR, Seite 195.

271) Foerster-Kann, Komm. zur ZPO, zu § 141 ZPO.

272) Stein-Juncker, Grundriß des ZPR, Seite 176.

Levin[273]) und Weismann[274]) wollen dagegen die Aufklärung nach § 141 ZPO nicht nur auf die Feststellung dessen, was streitig und was unstreitig ist, beziehen, sondern auch auf die Feststellung der materiellen Wahrheit, des wirklichen Sachverhältnisses. Man begründet dies — wie schon oben[275]) angedeutet war — mit dem Wortlaut des § 141 ZPO, der durch seine Fassung über die Absicht des Gesetzgebers, lediglich der Erleichterung der Ausübung des Fragerechts zu dienen, hinausgewachsen sei und demzufolge eine Art Beweisanordnung im weiteren Sinne darstelle, bei der die Partei nicht als Prozeßsubjekt mitwirke, sondern lediglich als Beweisobjekt diene. — Wenn trotzdem nicht alle Anhänger dieser Ansicht die Verwertbarkeit des Wissens der zum Parteieid nicht zuzulassenden Partei auf diesem Wege für möglich halten[276]), so hat dies seinen Grund darin, daß sie ein Parteivorbringen unter allen Umständen als willensmäßige Erklärung ansehen. Anders wäre eine solche Auffassung nicht verständlich.

Die letztere Ansicht, die dem Richter das Recht zugesteht, den § 141 ZPO auch zur Erforschung materieller Wahrheit zu verwenden (Untersuchungsmaxime), verdient m. E. den Vorzug.

Der bereits oben (Seite 57) als dem Zivilprozeßrecht zugrundeliegend bezeichnete Gedanke, daß der Staat Rechtsschutz nur dem wirklich Berechtigten gewähren will, verlangt es, dem Richter diese Befugnis zuzugestehen. Gegenüber diesem Grundsatz der Wahrheitsermittlung sind die oben erörterten Prinzipien der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime lediglich Fragen der Zweckmäßigkeit, Wege zur Erreichung desselben Zieles, nämlich der Feststellung des wahren Sachverhalts. Wo dieses Ziel nicht wie in der Mehrzahl der Fälle mit den Regeln der Verhandlungsmaxime erreicht werden kann, muß diese insbesondere nach neuem Recht zugunsten der Untersuchungsmaxime zurücktreten. Die Gegenansicht, die aus dem Formalismus des gemeinrechtlichen Prozesses hervorgegangen ist[277]), widerspricht dem Geist des modernen Prozeßrechts, in dem die starre Form mehr und mehr zugunsten des freien — allerdings innerhalb des gesetzlichen Rahmens sich haltenden — richterlichen Ermessens zurückgedrängt wird, wie die Einführung

---

273) Levin, Richterl. Prozeßleitung, Seite 133 ff.
274) Weismann, Lehrbuch des ZPR, Seite 132: „Die auf die einzelnen Tatumstände eingehende Befragung, insbesondere die persönliche Befragung der Parteien, kann auch zur Ermittlung des Sachverhalts beitragen, sie kann Beweismomente, Gründe für die Beurteilung der Wahrheit der Parteierklärungen, zu Tage fördern."
275) vergleiche oben Seite 30.
276) So z. B. Foerster-Kann, Komm. zur ZPO, zu § 141: „... Nur eine solche Partei kann nach § 141 ZPO vernommen werden, die über den Prozeß zu verfügen und gegebenenfalls zu schwören in der Lage ist ..."
277) Kohler, Beiträge, Seite 363 (Zur Beweislehre, Kritik von Heusler's Grundlagen des Beweisrechts).

des Schiedsverfahrens in amtsrichterlichen Bagatellsachen und die Ausgestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens zeigen.

Diese Art der Anwendung des § 141 Abs. I ZPO zu Beweiszwecken widerstreitet auch nicht dem Wortlaut des Gesetzes, wie ihre Anhänger m. E. zutreffend hervorheben. Die von den Gegnern in die Bestimmung hineingelegte Beschränkung (Aufklärung über tatsächliche Behauptungen) ist im Gesetzestext nicht ausgesprochen. Es mag zugegeben werden, daß sie vom Gesetzgeber ursprünglich beabsichtigt war. Diese Absicht hat aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden, allenfalls die Stellung der Vorschrift im System deutet auf eine solche Absicht hin. Unter diesen Umständen ist aber unter Berücksichtigung dessen, daß nach heute herrschender Ansicht in erster Linie von dem Sinn des Gesetzes selbst und nicht von dem Willen des Gesetzgebers auszugehen ist[278]), die hier vertretene Auslegung vorzuziehen, umsomehr, als sie noch dazu dem Wortlaut des § 141 Abs. I ZPO besser als die durch die Gegenansicht vorgenommene Auslegung gerecht wird.

Danach kann also der Richter das persönliche Erscheinen einer Partei nicht nur zwecks Sammlung und Klarstellung des Streitstoffs anordnen, sondern auch ohne Antrag von sich aus eine Partei als Beweismittel zu formloser Beweisaufnahme laden und in ähnlicher Weise wie einen Zeugen vernehmen.

Gegen diese zweite Natur des § 141 ZPO als Vernehmungsmöglichkeit einer Partei kann man m. E. auch nicht einwenden, daß die Partei nicht wie ein Zeuge zur Aussage gezwungen werden könne. Es sind hier die gleichen Gesichtspunkte, die den am Ausgang des Rechtsstreits interessierten oder dem sonst der Partei nahestehenden Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht geben, für die Partei selbst in Betracht zu ziehen. Diese lassen es aber als durchaus gerechtfertigt erscheinen, daß die Partei nicht auszusagen braucht[279]).

Schließlich sei noch bemerkt, daß sich schon von Bar vor Entstehung der Reichszivilprozeßordnung (1869) der Natur einer Anordnung des persönlichen Erscheinens der Partei als eines Mittels der materiellen Wahrheitserforschung bewußt war, wenn er in seinem Gutachten zum achten deutschen Juristentag diese Anordnung als „eine doch zu stark inquisitorische Maßregel" bezeichnete[280]).

---

278) Anders ältere Ansicht, vgl. Enneccerus, Lehrbuch d. BR, § 51.
279) Daß der Richter auch aus der Aussageverweigerung Schlüsse ziehen kann, kann in Anbetracht des § 286 ZPO keinem Zweifel unterliegen.
280) vergleiche von Bar, Gutachten zum achten deutschen Juristentag, Berlin 1869, Band I, Seite 22.

III. Ergebnis.

Die Partei, die vom Richter nach § 141 Abs. I ZPO zu persönlichem Erscheinen geladen und vernommen wird, gibt demnach eine beweiserhebliche Erklärung in eigener Sache ab, die man im Gegensatz zur Prozeßbehauptung, die immer auch durch Vertreter erfolgen kann, als ein „Zeugnis" im weiteren Sinne des Wortes wird bezeichnen dürfen[281]). Damit wird die Partei jedoch nicht Zeuge im engeren und strengeren Sinne des Wortes, in dem nur dritten in einem Prozeß zwischen Anderen vernommenen Personen diese Eigenschaft zukommt.

Der § 141 ZPO kann demnach, richtig gehandhabt, die von der ZPO abgelehnte zeugenmäßige Vernehmung der Parteien wohl ersetzen. Es ist aber nicht einzusehen, warum bei einer zeugnisähnlichen Bekundung, die weder den Charakter einer prozeßrechtlichen Willenserklärung hat noch in rechtsgeschäftlicher Parteirolle abgegeben wird, die Auskunftsperson prozeßfähig sein sollte. Für den Zeugen fordert das niemand. Aus den vorstehenden Erörterungen ist deshalb mit den schon oben erwähnten Schriftstellern die Folgerung zu ziehen, daß auch die prozeßunfähige Partei wie die prozeßfähige nach § 141 Abs. I ZPO geladen werden und ihr Wissen auf diesem Wege für die richterliche Entscheidung verwertbar bekunden kann, wie es der von Hellwig[282]) herangezogene § 30 Abs. III des Gewerbegerichtsgesetzes ausdrücklich vorsah.

Zweiter Teil:

§ 9.: Die Aussage des prozeßunfähigen Prozeßsubjekts (prozeßunfähiger Privatkläger) im Strafprozeß.

Für das Strafprozeßrecht ist die Frage nach der Verwertbarkeit des Wissens eines prozeßunfähigen Prozeßsubjekts wesentlich einfacher als für das Zivilprozeßrecht zu beantworten. Denn wie oben[1]) bereits ausgeführt wurde, gibt es für den Regelfall, in dem sich die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte gegenüberstehen, gar kein prozeßunfähiges Prozeßsubjekt, dessen Aussage auf ihre rechtliche Bedeutung geprüft werden könnte. Nur für den Sonderfall als Privatkläger im Privatklageverfahren ist ein prozeßunfähiges Prozeßsubjekt überhaupt denkbar.

Auch für den prozeßunfähigen Privatkläger besteht jedoch das im § 2 für das Zivilprozeßrecht erörterte Problem nicht. Denn das Strafprozeßrecht kennt für das Privatklageverfahren ebensowenig wie für das gewöhnliche Verfahren den der ZPO eigentümlichen Parteieid und stellt damit für ein tatsächliches Vorbringen auch grundsätzlich nicht das Erfordernis einer Qualifikation

281) vgl. auch Petersen, in Sächs. Arch. 1894, Seite 146.
282) vgl. oben Seite 31.
1) Seite 16, 17.

des Vorbringenden als eidesfähig oder prozeßfähig auf. Es wird vielmehr jedes Prozeßsubjekt im Strafprozeß — auch der prozeßunfähige Privatkläger — kraft der im Strafprozeß herrschenden Offizialmaxime[2]) auf gleiche Weise uneidlich als solches — nicht als Zeuge[3]) — vernommen. Die Handhabe dazu bietet § 387 Abs. III StPO. Die Aussage ist kraft der im Strafprozeß allgemein herrschenden Untersuchungsmaxime grundsätzlich reine Vorstellungsmitteilung (kognitive Aussage), wie nicht bestritten wird. Sie hat, was ebenfalls allgemein anerkannt ist, gemäß § 261 StPO als der dem § 286 ZPO entsprechenden Bestimmung Beweiswert. Das Wissen auch des prozeßunfähigen Privatklägers ist danach als für den Strafprozeß verwertbar anzusehen, ohne daß es zu dieser Erkenntnis des Eingehens auf wissenschaftliche Streitfragen und der Stellungnahme zu solchen bedarf.

Dritter Teil:

§ 10.: **Die rechtliche Wirksamkeit der Prozeßfähigkeit erfordernden Erklärungen der prozeßunfähigen Partei.**

I. Arten des Vorbringens.

Im Folgenden wird erörtert, welche Bedeutung einem solchen Vorbringen der prozeßunfähigen Partei zukommt, das nicht lediglich in einer Aussage über Wahrnehmungen innerhalb des Geltungsbereichs der Untersuchungsmaxime, zu der die prozeßunfähige Partei allein fähig ist, besteht, sondern Prozeßfähigkeit erfordert.

Die Fragestellung ist für den Zivilprozeß wie für den Strafprozeß die gleiche. Nur die Arten des Vorbringens, zu dem die prozeßunfähige Partei nicht fähig ist, decken sich in beiden Prozeßmaterien insofern nicht, als im Zivilprozeßrecht außer den prozeßrechtlichen Willenserklärungen auch die im Bereich der Verhandlungsmaxime abgegebenen tatsächlichen Erklärungen (Prozeßbehauptungen, Geständnisse) Prozeßfähigkeit voraussetzen[1]). Ihnen entsprechende Erklärungen gibt es im Strafprozeß kraft der dort herrschenden Untersuchungsmaxime nicht. Für den Strafprozeß beschränken sich demnach die folgenden Erörterungen auf die eigentlichen Prozeßführungshandlungen wie Anträge, Rechtsmittelverzicht und verwandte Erklärungen rechtsgeschäftlicher Art.

---

2) Nur die Erhebung und Zurücknahme der Privatklage sind als nicht der Offizialmaxime unterliegende Prozeßführungshandlungen nur vom ges. Vertreter vorzunehmen möglich.

3) Über die Unzulässigkeit einer Vernehmung als Zeuge vergleiche die Vorbemerkungen der Kommentare zur StPO vor § 48, insbesondere bei Löwe-Rosenberg.

1) vergleiche oben Seite 58 ff.

II. Rechtliche Wirksamkeit für die Bekundung als solche.

Bei Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit aller dieser Arten des Prozeßfähigkeit erfordernden Vorbringens in Zivil- und Strafprozeß ist zurückzugreifen auf die Prozeßfähigkeit als Prozeßhandlungsvoraussetzung. Es ist also davon auszugehen, daß solche Handlungen grundsätzlich nicht wirksam sein können. Dies ist auch die allgemeine Ansicht der Rechtslehrer, man weicht nur insofern voneinander ab, als die von einer prozeßunfähigen Partei vorgenommenen Prozeßfähigkeit erfordernden Handlungen von einigen als „nichtig", von anderen dagegen als „unwirksam" bezeichnet werden. Von Nichtigkeit sprechen insbesondere Planck[2], Bunsen[3], Kohler[4], Engelmann[5], Reincke[6], Menger[7], von Unwirksamkeit Rosenberg[8], Seuffert[9], Hellwig[10], Weismann[11]. Von „Wirkungslosigkeit" im Sinne von Nichtigkeit spricht Hellmann[12]. — Nichtigkeit im Sinne einer unheilbaren Unwirksamkeit im bürgerlich-rechtlichen Sinne (nullum) oder gar eines Nichtvorhandenseins (non existens) wird jedoch auch von den die Handlungen als „nichtig" bezeichnenden Schriftstellern nicht angenommen, denn auch diese sprechen von der Möglichkeit einer Heilung der mangelhaften Prozeßhandlung durch spätere Genehmigung[13]. Es handelt sich also hier wohl nur um eine schiefe Ausdrucksweise. — Wenn man aber mit den übrigen Schriftstellern von „Unwirksamkeit" solcher mangelhafter Prozeßhandlungen spricht, so muß man sich doch auch hier

2) Planck, Lehrb. des ZPR, Band I, Seite 217: „Das Tun oder Unterlassen des Prozeßunfähigen ist prozeßrechtlich wertlos, nichtig."
3) Bunsen, Lehrbuch des ZPR, Seite 281: „Ein Mangel in der Prozeßfähigkeit hat unheilbare Nichtigkeit zur Folge."
4) Kohler, Proz. als Rvh., Seite 58: „... Erklärung einer prozeßunfähigen Person, die im Laufe des Prozesses stattfände, .. nichtig".
5) Engelmann, der Zivilprozeß, Seite 191.
6) Reincke, Komm. zur ZPO, zu §§ 56—58.
7) Menger in Grünhuts Zeitschrift, Band 7, Seite 652.
8) Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 117: „Die von oder gegenüber einer prozeßunfähigen Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen sind unwirksam (nicht nichtig im Sinne des bürgerlichen Rechts) ...", auch Seite 208, 209.
9) Seuffert, Komm. zur ZPO, zu § 56, Anm. 1b: „Ein Mangel in der Prozeßfähigkeit hat die Unwirksamkeit der Parteihandlungen zur Folge."
10) Hellwig, Lehrb. des ZPR, S. 336 ff. Er unterscheidet, ob der Mangel dem Prozeßgründungsakte anhaftet oder im Laufe des ordnungsmäßig begründeten Prozeßverhältnisses bezüglich einzelner Prozeßhandlungen in Frage kommt.
11) Weismann, Lehrb. d. ZPR. Seite 304: „Die Prozeßhandlung, die von einer prozeßunfähigen Person oder gegenüber einer solchen und nicht von oder gegenüber ihrem gesetzlichen Vertreter vorgenommen wird, ist unwirksam."
12) Hellmann, Lehrb. d. ZPR, Seite 249: „Die prozessualen Handlungen einer prozeßunfähigen Partei sind wirkungslos ..."
13) So Planck, Bunsen, Engelmann, a.a.O. (siehe oben).

bewußt sein, daß dieses Wort im Prozeßrecht etwas Anderes bedeutet als im bürgerlichen Recht. Denn während dort die unwirksame Handlung zugleich unbeachtlich ist, entsteht hier auch gegenüber einer mangelhaften Handlung eine Pflicht des Gerichts zur Entscheidung (zwar nicht Sachentscheidung) und wird die Handlung damit beachtlich, d. h. in gewissem Sinne wirksam: Das Gericht muß die fehlerhafte Parteihandlung als unzulässig zurückweisen. Nur der anderen Partei gegenüber ist die fehlerhafte Parteihandlung „ohne rechtliche Wirkung", wie es das Gesetz im § 249 Abs. II ZPO ausspricht, d. h. sie begründet gegen sie nicht die Last, sich einzulassen, zu erscheinen, sich zu erklären usw., ist also für sie unbeachtlich. Von Unwirksamkeit fehlerhafter Parteihandlungen im Prozesse kann man demnach nur sprechen in dem Sinne, daß die Handlung nicht die Folgen haben soll, zu deren Herbeiführung sie vorgenommen ist[14]), also keine sachlichen Wirkungen.

Die Unwirksamkeit der Prozeßhandlungen prozeßunfähiger Parteien kann aber geheilt werden, wie oben[15]) schon angedeutet wurde. Denn nach § 551 Nr. 5 u. § 579 Abs. I Nr. 4 ZPO ist bei Genehmigung die Revision und die Nichtigkeitsklage wegen des Mangels der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen, die Genehmigung kann also den Mangel heilen[16]). In erster Linie ist hier an die Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter zu denken, aber auch an die Genehmigung durch den Prozeßunfähigen selbst nach inzwischen eingetretener Prozeßfähigkeit[17]). — Außerdem kann naturgemäß jeder Mangel durch fehlerfreie Wiederholung der Handlung durch den gesetzlichen Vertreter oder den inzwischen prozeßfähig Gewordenen mit Wirkung ex nunc beseitigt werden[18]).

III. Einwirkung auf die darauf aufgebauten Gerichtsakte.

Hat eine Person, der die Geschäftsfähigkeit mangelt, eine Willenserklärung abgegeben, so ist diese nichtig. Es fehlt ihr von

14) So Rosenberg, Lehrb. des ZPR, Seite 208, 209.
15) vgl. Seite 66.
16) vgl. Bayrisches Ob.LG., SA 47 Nr. 95, OLG Jena eod. 54 Nr. 111. Dazu auch Seuffert, Komm. zur ZPO, zu § 56, Anm. 1b, ebenso die übrigen auf Seite 66 angeführten Schriftsteller.
17) Da das BGB keine Genehmigung der Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen, sondern nur eine Genehmigung der Willenserklärung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten kennt (vgl. §§ 105, 107—109, 114 BGB), könnte man daran denken, daß die Genehmigung einer Prozeßhandlung nur zulässig sei, wenn die Prozeßunfähigkeit auf Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, nicht aber wenn sie auf Geschäftsunfähigkeit beruht. Diese Unterscheidung war aber, wie Seuffert, a.a.O. ausführt, dem früheren gemeinen Rechte fremd und darf daher in die vor dem BGB entstandene ZPO nicht hineingetragen werden. — So Seuffert, Komm. zur ZPO, zu § 56, Anm. 1b.
18) Beispiel: RGZ Band 21 Seite 406; vgl. im übrigen Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 208, 209.

vornherein jede Geschäftswirkung. Daß die Prozeßhandlung eines Prozeßunfähigen ebenfalls sachlich nicht wirken soll und demgemäß von Amtswegen als unzulässig zurückzuweisen ist, war unter II dargetan. Wie ist aber die Rechtslage, wenn das Gericht eine solche unwirksame Prozeßhandlung wie eine wirksame behandelt und etwa auf den Antrag eines Prozeßunfähigen hin oder gegen ihn eine Sachentscheidung fällt?

Planck[19]), Hellmann[20]), Menger[21]) halten auch die auf unwirksame Parteihandlungen aufgebauten Handlungen des Gerichts[22]) — Planck[23]) führt daneben auch die Handlungen des Gegners[24]) an — für nichtig bzw. wirkungslos im Sinne von unwirksam. Die herrschende Meinung dagegen, die insbesondere von Hellwig[25]), Rosenberg[26]), Nußbaum[27]) vertreten wird, hält es für unrichtig, wenn man aus der Fehlerhaftigkeit der Prozeßakte des Prozeßunfähigen ableitet, daß auch die darauf aufgebauten Handlungen des Gerichts unverbindlich, d. h. unwirksam sind. Denn wenn auch die Gerichtsakte zum mindesten des Zivilprozesses auf der Parteitätigkeit beruhen, so schöpfen sie doch nach dieser Ansicht ihre Kraft nicht aus den Parteierklärungen, sondern aus der höchsten Staatsgewalt, deren Organe die Gerichte sind. Die Gerichtsakte sollen deshalb mit Rücksicht auf die Fehlerhaftigkeit der Parteiakte zwar nach Maßgabe der in der ZPO getroffenen Regelung anfechtbar[28]) sein können, ein Mangel — auch nicht der der Prozeßfähigkeit des Erklärenden — macht aber niemals einen Gerichtsakt wirkungslos. — Dieser letzteren Ansicht ist m. E. beizupflichten. Denn wenn ein in dieser Weise ergangenes Urteil wirkungslos wäre wie ein unwirksames Rechtsgeschäft des Privatrechts, dann bedürfte es der Nichtigkeitsklage überhaupt nicht. Da die Regelung der Nichtigkeitsklage aber in § 579 Ziff. 4 ZPO gerade auch den hier behandelten Fall umfaßt, kann dies der Wille des Gesetzgebers nicht gewesen sein.

Ist demnach eine prozeßunfähige Partei vom Gericht nicht als Wahrheitserforschungsmittel, sondern als prozeßfähige handelnde Partei behandelt worden und durch ihr somit grundsätzlich unwirk-

19) Planck, Lehrbuch des ZPR, Band I, Seite 217.
20) Hellmann, Lehrbuch des ZPR, Seite 249.
21) Menger in Grünhut's Zeitschrift, Band 7, Seite 653.
22) Wichtigster Fall: Urteile, auf die unten noch zurückzukommen sein wird.
23) Planck a.a.O. (siehe Anm. 19).
24) Wichtigster Fall: Zustellungen, die unten ebenfalls noch zu erörtern sein werden.
25) Hellwig, Lehrb. des ZPR, Band II, Seite 314 ff.
26) Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, Seite 547.
27) Nußbaum, die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, 1908, Seite 71.
28) Hellwig, a.a.O., Seite 314. Terminologisch würde man heute wohl statt „anfechtbar" besser „vernichtbar" setzen, vgl. Manigk, Unwirksamkeit, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Seite 437.

sames Geständnis, ihre Behauptung oder sonst eine Prozeßführungshandlung ein Sachurteil zustandegekommen, so ist dieses Urteil wie jedes andere nach außen hin vollwirksam. Es trägt lediglich die Vernichtbarkeit, die vor Eintritt der formellen Rechtskraft mit den von der ZPO vorgesehenen ordentlichen Rechtsmitteln, nachher mit der Wiederaufnahmeklage (Nichtigkeitsklage) des § 579 Ziff. 4 ZPO geltend zu machen ist, in sich. — Früher[29]) war in diesem Zusammenhange zweifelhaft und äußerst bestritten, ob ein solches Urteil jemals die Rechtskraft beschreiten könnte, wenn seine Zustellung von der oder an die prozeßunfähige Partei, nicht aber von den oder an den gesetzlichen Vertreter der Partei erfolgt war. Infolge unwirksamer Zustellung[30]) wurden die Rechtsmittelfristen §§ 516, 552 ZPO[31]) garnicht in Lauf gesetzt, sodaß in Anbetracht der Fassung des Gesetzes[31]) einerseits die Einlegung der Berufung oder Revision wirkungslos war, andererseits aber auch nicht von Rechtskraft des Urteils gesprochen werden konnte, da durch Zustellung von dem oder an den gesetzlichen Vertreter der Partei immer noch die Anfechtbarkeit des Urteils mit ordentlichen Rechtsmitteln zu erreichen möglich war. Auch die Möglichkeit einer Wiederaufnahme durch Nichtigkeitsklage war deshalb nach herrschender und m. E. richtiger Ansicht nicht gegeben, weil diese nach dem Recht der ZPO ein durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenes Verfahren voraussetzt[32]). Auf die verschiedenen Ansichten im Schrifttum darüber, wie hier zu einem annehmbaren Ergebnis zu gelangen sei, einzugehen, ist jedoch heute müßig. Der Streit der Meinungen hat durch die Neufassung der §§ 516, 552 ZPO seine Erledigung gefunden. Die Einlegung der Berufung oder der Revision ist heute an eine vorgängige wirksame Zustellung nicht mehr gebunden und die Rechtskraft des Urteils tritt unabhängig von jeder Zustellung mit dem Ablauf von sechs (5 + 1) Monaten nach der Verkündung ein.

29) Vor dem Inkrafttreten der Emminger'schen Verordnung vom 13. Mai 1924 (RGBl. 1924, Teil I, Seite 437 ff.), d. i. vor dem 1. Juni 1924.

30) Der § 171 ZPO stellt die Vorschrift auf, daß die Zustellungen, die an eine Partei bewirkt werden sollen, für die nicht prozeßfähigen Personen an deren gesetzliche Vertreter zu erfolgen haben. Daraus hat der überwiegende Teil der Schriftsteller entnommen, daß die an die Partei selbst erfolgten Zustellungen unwirksam sind.

31) Alte Fassung des § 516 ZPO: „Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils. Die Einlegung vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos." — Alte Fassung des § 552 ZPO: „Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Notfrist und beginnt mit der Zustellung des Urteils. — Die Einlegung der Revisiion vor Zustellung des Urteils ist wirkungslos."

32) § 578 Abs. I ZPO; im nordd. Entwurf (§§ 898 ff.) war die Wiederaufnahmeklage wegen Mangels der Vertretung gesondert behandelt und auch gegen nicht rechtskräftige Urteile zugelassen.

Anhang.

§ 11.: Die hier behandelte Frage nach früherem Recht (vor der ZPO), in außerdeutschen Rechten und im zukünftigen Reichsrecht (Zivilprozeßnovelle vom 27. Okt. 1933, in Kraft ab 1. Januar 1934).

I. gemäß vor der ZPO geltendem Recht.

Seit mehreren hundert Jahren ist der Parteieid im Prozeßsystem Deutschlands üblich gewesen[1]). Darüber, wie eine Partei aussagte, die ihn zu leisten nicht fähig war, schweigt sich das Schrifttum aus. Infolge des mangelhaften Beweissystems jener Zeit wird ihr Wissen unverwertbar gewesen sein. — Das gemeine Recht suchte sich in der späteren Zeit auf verschiedene Weise zu helfen, wenn es auf das Wissen einer prozeßunfähigen Partei entscheidend ankam. So pflegte man z. B. bei Eidesunmündigen bis zur Eidesmündigkeit, bei geisteskranken Prozeßunfähigen bis zur Wiederherstellung der Gesundheit das Verfahren auszusetzen, was insbesondere hinsichtlich der letzteren eine völlig unzulängliche Regelung bedeutete, da ja mit der Wiederherstellung der geistigen Gesundheit und damit mit dem Wiedereintritt der Eidesfähigkeit nur in der geringeren Anzahl der Fälle überhaupt gerechnet werden konnte und selbst in diesen Fällen eine erhebliche Prozeßverschleppung immer unvermeidbar blieb. In Preußen allerdings hatte man hinsichtlich der geisteskranken Prozeßunfähigen eine abweichende Regelung: Es wurde einfach ohne Rücksicht auf etwaiges Wissen der geisteskranken Partei entschieden (Preuß. Ger. O. I, 10, § 260[2]).

II. Außerdeutsches Recht.

Ein dem deutschen Parteieid ähnliches Institut gibt es in einigen Kantonen der Schweiz, z. B. im Kanton Basel (Stadt), als sogen. Handgelübde[3]). Durch das Handgelübde wird wie durch den Parteieid voller Beweis einer beschworenen Tatsache begründet, auch wird nur eine Formel, nicht aber eine Aussage nach Art der Zeugenaussagen beschworen. Das Wissen der zur Ablegung eines solchen Handgelübdes unfähigen Partei kann deshalb ebenso wie im deutschen Recht nur formlos verwertet werden. Eine zeugenmäßige Vernehmung wird auch dort überwiegend abgelehnt[4]).

In fast allen anderen Prozeßrechten unterliegt die eidliche Bekundung der Partei der freien Würdigung durch das Gericht, so z. B. in Österreich[5]), Italien und den anglo-amerikanischen

1) Siehe Neukamp, in Recht 1901, Seite 38.
2) vergleiche dazu Arnold, in ArchZivPrax. Band 47, Seite 178.
3) vergleiche Dreifuß, Das Wesen des deutschen Parteieides im geltenden deutschen Zivilprozeß, 1922, Seite 72.
4) vgl. Affolter, über die Vernehmung der Parteien als Zeugen, Bern, 1879.
5) in Österreich seit 1873 für Bagatellsachen und seit 1895 allgemein eidliche Parteivernehmung.

Ländern[6]). Die Parteien werden hier vom Richter über das Beweisthema befragt. Die Ausgestaltung in allen diesen Ländern kann man jedoch trotz dieser Übereinstimmung hinsichtlich der richterlichen Beweiswürdigung in zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Systeme trennen. Während nämlich nach österreichischem und italienischem Prozeßrecht die Parteien in ihrer Eigenschaft als solche vernommen werden[7]), werden sie nach anglo-amerikanischem Recht nicht nur in zeugenähnlicher Form, sondern geradezu als Zeugen verhört[8]). Die betreffende Person tritt also in diesen letzteren Ländern einmal in ihrer Eigenschaft als Partei, bei Bekundung von Wahrnehmungen jedoch in Zeugeneigenschaft auf. In beiden Fällen taucht das hier behandelte Problem, wie das Wissen einer prozeßunfähigen Partei verwertet werden soll, nicht auf. Die nicht eidesfähige Partei ist uneidlich, sei es nun als Partei oder als Zeuge, zu vernehmen. In den Ländern, in denen sie als Partei vernommen wird, kann nur die Frage entstehen, welche rechtliche Wirksamkeit Prozeßführungshandlungen, die eine solche Partei etwa bei Gelegenheit ihrer Vernehmung vornimmt, beizumessen ist. Diese Frage entscheidet sich in dem im § 9 dargelegten Sinne, soweit nicht etwa das betreffende Rechtssystem Abweichungen bedingt. Im anglo-amerikanischen Recht dagegen spielt auch diese Frage nur insoweit eine Rolle, als es sich um die auf solche Handlungen aufgebauten Gerichtsakte handelt. Die Handlungen selbst sind garnicht als Parteiakte, sondern als von Zeugen vorgenommene Handlungen zu werten.

III. Die Frage im zukünftigen Reichsrecht (Zivilprozeßnovelle vom 27. Okt. 1933 / RGBl. I, S. 821 ff., in Kraft ab 1. Januar 1934).

Das Hauptproblem der vorliegenden Schrift — die Verwertbarkeit des Wissens einer parteieidesunfähigen Partei — wird auch im neuen Recht nicht fortfallen. Durch den 10. Titel des Zweiten Buches (§§ 445 ff.) der Novelle vom 27. Oktober 1933 wird zwar mit Wirkung vom 1. Januar 1934 eine für den Regelfall uneidliche Vernehmung der Parteien in ihrer Eigenschaft als solche eingeführt. Die Parteieidesunfähigkeit einer Person für sich würde somit nicht mehr wie bisher der Möglichkeit der Bekundung ihres Wissens entgegenstehen. Der § 455 Abs. I der Novelle, der von der prozeßunfähigen Partei handelt, sieht aber vor, daß diese grundsätzlich nicht selbst, daß für sie vielmehr ihr gesetzlicher Vertreter zu vernehmen ist. Lediglich die Minderjährigen, die das sechzehnte Lebensjahr vollendet haben, sowie Volljährige, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder

6) in England seit 1846.
7) österreichische ZPO, §§ 371—383.
8) So in England seit 1851, letzte Ausnahme im Jahre 1870 beseitigt. vgl. Springer, Reform des ZP, Seite 29.

unter vorläufige Vormundschaft gestellt sind, können nach der Bestimmung des Abs. II des § 455 der Novelle über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen vernommen und auch beeidigt werden[9]). Das gleiche gilt von einer prozeßfähigen Person, die in dem Rechtsstreit durch einen Pfleger vertreten wird.

An einer Bestimmung über die Form der Wissensbekundung anderer prozeßunfähiger Parteien, insbesondere der Personen unter sechzehn Jahren, fehlt es auch in der Novelle. Es erhebt sich also auch hier wieder die Frage, ob deren Wissen etwa als Zeugnis oder — wie für das bisher geltende Recht oben ausgeführt — im Wege über den bestehenbleibenden § 141 Abs. I verwertet werden kann oder unberücksichtigt bleiben muß.

Die Vernehmbarkeit als Zeuge ist nach Ansicht des Verfassers für das neue Recht ebenso wie für das bisher geltende zu verneinen. Die oben dargelegten Gründe der Ablehnung einer solchen Vernehmung als Zeuge haben auch für die Zukunft Geltung. Denn der grundsätzliche Unterschied zwischen dem Zeugen und der Partei bleibt, da auch nach Inkraftreten der Novelle die Partei nicht als Zeuge, sondern weiter in ihrer Eigenschaft als Partei vernommen werden wird, auch im neuen Recht bestehen.

Ob aber weiterhin — wie oben vertreten wurde — die Vernehmung der prozeßunfähigen Partei im Wege über den § 141 Abs. I mit dem Gesetz in Einklang zu bringen ist, erscheint dem Verfasser zweifelhaft. — Volkmar[10]) lehnt in Anlehnung an die oben Seite 60 ff. genannten Autoren für die neue ZPO jede Vernehmung einer Partei über § 141 Abs. 1 zu Beweiszwecken ab, indem er ausführt, dieser Fall liege insofern anders als die Vernehmung, als nicht eine als Beweismittel dienende Aussage abzugeben, sondern darzulegen sei, welche Behauptungen die Partei aufstellen wolle. Die oben Seite 62 ff. gegen diese Auffassung angeführten Gründe treffen jedoch nach Ansicht des Verfassers grundsätzlich auch für die Novelle zu. Es muß auch für die Zukunft gleich sein, ob das Vorbringen einer „vernommenen" oder einer „gehörten" Partei vom Richter gewürdigt wird. — Die Vernehmung der prozeßunfähigen Partei ist jedoch für die neue ZPO durch den § 455 offenbar erschöpfend und ausschließlich geregelt. Es erscheint deshalb kaum angängig, die Befragung über § 141 auf solche Personen auszudehnen, deren — auch uneidliche — Vernehmung nach dem Sinn des Gesetzes, wie er im § 455 der Novelle zum Ausdruck kommt, nicht zulässig sein soll. Im bisher geltenden Gesetz war nicht ausgesprochen, daß anstelle einer prozeßunfähigen Partei grundsätzlich auch über deren Wahrnehmungen der gesetzliche Vertreter auszusagen hätte, wie das die Novelle vorsieht. Insofern war die Rechtslage dort eine andere.

9) entsprechend den §§ 473 Abs. II, III, 477 der bisher geltenden Fassung.
10) Volkmar, in JurW. 1933, Seite 2433.

In Anbetracht des § 455 der Novelle neigt deshalb der Verfasser dazu, die Verwertbarkeit des Wissens der dort nicht aufgeführten prozeßunfähigen Parteien für das neue Recht überhaupt zu verneinen.

Die Abschaffung des zur Zeit geltenden Systems war schon seit langem von vielen Seiten gefordert worden. Für die Abschaffung des Parteieides in der bestehenden Form hat man insbesondere vorgebracht, daß er mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung in unlösbarem Widerspruch stehe. Der Parteieid sei aus dem Gottesurteil und den Zweikämpfen im mittelalterlichen Prozeß hervorgegangen und heute durch nichts mehr begründet[11]. — Gegen eine Abschaffung der gegenwärtig geltenden Form des Parteieides waren Levy[12], Wach[13], Meyer[14], Bähr[15], Schmidt[16], Osterloh[17] und Trutter[18], für eine Beseitigung schon vor der ZPO von Bar[19], später Kohler[20], Hellwig[21] von Wilmowski[22], Kade[23], Jastrow[24], Medem[25], Petersen[26], Pfizer[27], Neukamp[28], Endemann[29] Hamm[30], Lippmann[31], Demelius[32], Schneider[33])

11) So Springer, Reform des ZPR, Berlin 1911, Seite 28/29.
12) Levy in ZZP, Band 23, Seite 1—24.
13) Wach in Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Band XIV, Seite 365 ff.
14) Meyer in DJZ 1897, Seite 219 ff.
15) Bähr in ZZP Band 19, Seite 96 ff. und in Iherings Jahrb. Band 25 Seite 402 ff.
16) Schmidt, R., Lehrbuch des ZPR, Seite 542.
17) Osterloh in Ztschr. f. Rechtspflege und Verwaltung, Band 34 S. 325 und in ArchZivPrax. Band 62, Seite 254.
18) Trutter, Schiedseid oder Parteienvernehmung, München 1893.
19) von Bar, Recht und Beweis im Zivilprozesse, Leipzig 1867.
20) Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältnis, Seite 94.
21) Hellwig, System I, Seite 722.
22) von Wilmowski, Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages, Band 2, Seite 305 ff.
23) Kade in DJZ 1897 Seite 181 ff.
24) Jastrow in DJZ 1896 Seite 188 ff.
25) Medem in JurW 1896 Seite 529 ff.
26) Petersen in Sächs. Arch. f. bürg. Recht, 1894 Seite 129 ff.
27) Pfizer in Gruchots Beitr., Band 35, Seite 316 ff.
28) Neukamp im Recht 1901, Seite 38 und 64 ff.
29) Endemann in ArchZivPrax. Band 43, Seite 370 ff.
30) Hamm in DJZ 1896 Seite 350 ff.
31) Lippmann, der normierte Eid.
32) Demelius, Schiedseid und Beweiseid.
33) Schneider, Richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts 1888, Seite 80 und in Arch. f. öff. Recht, Band 9, Seite 82 ff.

und die Österreicher Kleinfeller[34]), Glaser[35]) und Harrasowski[36]). Neben dem Schiedseid wollten die Parteivernehmung einführen Gaupp[37]), Fierich[38]) und der Österreicher von Canstein[39]). In der Novelle vom 27. Oktober 1933 ist die Frage ganz im Sinne der zu zweit Aufgeführten (Kohler, Hellwig und die weiter dort Genannten) gelöst worden, wie es auch schon der amtliche Entwurf von 1931 vorsah.

34) Kleinfeller, Verhandlungen des 22. deutschen Juristentages, Band I, Seite 67 ff.
35) Glaser, Beitr. zur Reform des Zivilprozesses, Band II, Seite 109.
36) Harrasowski, Parteivernehmung und Parteieid, Wien 1876, Seite 36 ff. und Seite 358 ff.
37) Gaupp, Verhandlungen des 9. deutschen Juristentages, Bd. II, S. 258 ff.
38) Fierich in Grünhut's Ztschr. Band 16 Seite 143.
39) von Canstein, die eidliche Parteienvernehmung und der Schiedseid in Verhandlungen zum 22. deutschen Juristentag Band I, Seite 3 ff.

Lebenslauf.

Am 26. Mai 1910 wurde ich, Ernst Otto Wilhelm Gottfried Müller, als Sohn des Diplomingenieurs Friedrich Müller und seiner Ehefrau Magda geb. Bauer in Bremerhaven geboren. In Osterode am Harz, wohin meine Mutter mit mir übergesiedelt war, nachdem mein Vater gleich zu Anfang des Weltkrieges in Ostpreußen den Tod gefunden hatte, besuchte ich zunächst drei Jahre die Vorschule und darauf neun Jahre das Realgymnasium. Nach bestandener Reifeprüfung (Ostern 1928) studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Marburg und Göttingen (in Marburg vier, in Göttingen drei Semester) und bestand am 13. November 1931 vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Prüfung mit dem Prädikat „voll befriedigend". Am 7. Dezember 1931 wurde ich zum Referendar ernannt und bin seit dem 1. März 1932 bei dem Amtsgericht in Osterode am Harz, dem Landgericht in Hannover, der Staatsanwaltschaft in Wesermünde und dem Amtsgericht in Hildesheim als solcher beschäftigt gewesen.

Am 27. November 1933 bestand ich vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg die mündliche Doktorprüfung, nachdem die vorliegende Dissertation an der genannten Fakultät mit dem Prädikat „gut" als Doktorschrift angenommen worden war.

Für die mir zuteil gewordene wissenschaftliche Förderung möchte ich meinen Lehrern auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigen Dank aussprechen, insbesondere Herrn Geheimrat Manigk für die Anregungen, die er mir bezüglich dieser Dissertation zuteil werden ließ.